UNIV. OF
TORONTO
LIBRARY

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/s2annalesdeluniv29univ

ÉTUDES

SUR

LE FURTUM

DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN

Lyon. — A. REY, Imprimeur de l'Université, 4, rue Gentil. — 60343

Exemplaire N° 363

ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
NOUVELLE SÉRIE
II. — *Droit, Lettres.* — Fascicule 29

ÉTUDES
SUR
LE FURTUM
DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN
I
LES SOURCES

PAR

P. HUVELIN
Professeur à la Faculté de Droit.

197478
28:7:25

LYON
A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
Rue Gentil, 4

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
Rue Soufflot, 14

1915

AS
162
L93
fasc. 29

AVANT-PROPOS

Nous nous proposons d'entreprendre des recherches sur le *furtum dans le très ancien droit romain*. La matière n'est pas neuve. Elle a fait l'objet de travaux nombreux, dont beaucoup ont du prix. Il semble qu'on en ait dit tout ce qu'on en sait, et peut-être s'étonnera-t-on de nous voir reprendre une route si souvent battue. Nous ne nous y risquerions pas, si nous n'avions, malgré tout, l'espoir d'y découvrir d'autres directions que nos devanciers. Mais nous avons cet espoir, parce qu'il nous semble que la question du *furtum* se range parmi celles que peut rajeunir l'emploi des disciplines, nouvelles ou renouvelées, dont dispose aujourd'hui l'investigation historique. Puisque nous en tentons l'expérience, il importe de préciser d'abord les traits caractéristiques de ces disciplines, ceux qui les distinguent de la méthode incomplète et relâchée qui s'offrait seule aux chercheurs d'autrefois, et qu'abandonnent de plus en plus les chercheurs d'aujourd'hui.

On sait que tout travail historique comporte deux séries successives d'opérations, la réunion des matériaux et leur mise en œuvre. L'historien s'applique d'abord à recueillir des documents, à en éprouver la qualité, puis à les classer. Après quoi il tâche de les rapprocher, de les unir, de les entrelacer, d'en composer un ensemble vraisemblable, cohérent et vivant. Ces deux séries d'opérations ne se confondent aucunement. Elles ne mettent pas en jeu les mêmes facultés intellectuelles ; elles n'exigent pas le concours des mêmes sciences auxiliaires. Les

opérations synthétiques se séparent des opérations heuristiques et critiques par le rôle directeur qu'y prend, — malgré des illusions trop répandues, — l'imagination de l'historien[1], et par le concours indispensable qu'elles doivent demander, pour guider cette imagination, à la sociologie et à l'histoire comparée. Le premier volume des présentes *Etudes sur le furtum* est réservé à la partie heuristique et critique de notre tâche. C'est donc uniquement sur la méthode propre à cette partie que nous devons insister ici, renvoyant au début du second volume les observations détaillées que nous aurons à présenter sur la synthèse des matériaux recueillis dans le premier.

Essayons d'indiquer en quoi consiste, dans ses grandes lignes, la méthode d'investigation critique des sources que nous nous proposons d'appliquer. Les principes en sont fixés depuis longtemps ; depuis longtemps aussi cette discipline a fait ses preuves, entre les mains des philologues et des historiens, et s'est affirmée comme l'instrument indispensable de toute recherche scientifique orientée vers la connaissance du passé[2]. Nous n'aurions même pas à insister sur elle, si les romanistes ne l'avaient longtemps méconnue, et s'ils n'étaient parfois disposés à en faire fi aujourd'hui encore.

Cette méthode comprend quatre sortes de démarches : 1° La réunion de toutes les sources d'informations relatives à la question qu'on étudie ; 2° leur classement chronologique, et, s'il y a lieu, topographique ; 3° leur analyse critique ; 4° l'étude de leur filiation les unes par rapport aux autres.

Il faut d'abord réunir les sources, toutes les sources, qui touchent au sujet qu'on veut approfondir. Il n'en faut négliger aucune[3]. Cette résolution rencontrera certainement des résis-

P. Huvelin, *La solidarité de la famille en Grèce, et la méthode du droit comparé Nouv. Revue Historique de Droit français et étranger*, XXXI (1907), p. 200.

[2] Sur la méthode de classement et de critique des sources, voy. surtout Bernheim, *Lehrbuch der historischen Methode*[2], ch. III et IV ; et Langlois et Seignobos, *Introduction aux études historiques*, Paris, 1898.

[3] P. F. Girard, *Cours de Pandectes, Leçon d'ouverture (Rev. intern. de l'enseignement*, XLVI, 1903, p. 100, et *Mélanges de Droit romain*, I, 1912, p. 470) : « ...tous

tances, si on l'applique aux recherches de droit romain. Les romanistes ont coutume en effet de traiter avec des égards différents les témoignages qu'ils nomment *juridiques* et ceux qu'ils nomment *littéraires*. Les témoignages juridiques constituent leurs sources de prédilection, les seules auxquelles ils veuillent faire pleine confiance. Ceux qu'ils désignent, non sans une nuance de dédain, comme littéraires, ne leur servent que d'appoint pour compléter les précédents ; ils leur dispensent un minimum d'attention, quand ils ne les écartent pas délibérément[1]. Nous nous garderons, quant à nous, de procédés aussi désobligeants et aussi imprudents. Nous nous efforcerons de mettre les sources, quelle qu'en soit la provenance, à la place qui leur revient ; nous nous efforcerons de les utiliser dans leur intégralité.

La nécessité d'un classement chronologique et, éventuellement, topographique[2], des témoignages ainsi recueillis s'impose non moins impérieusement. Les juristes s'en aperçoivent aujourd'hui[3]. Ils ont fait du chemin depuis le temps où Savigny, — le chef d'une école qui se disait historique pourtant ! — traitait tous les prudents romains, de Quintus Mucius Scae-

les documents quelconques susceptibles de fournir un renseignement utile sur n'importe quel point des lois romaines ».

[1] Cf. Mitteis, *Trapezitika*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, XIX (1898), Rom. Abth., p. 535-536 : Zeugnisse aus nichtjuristischen Quellen, welchen bekanntlich bei den Rechtshistorikern eine ziemlich kühle Aufnahme, wegen der verminderten Verlässlichkeit der Quelle, der sie entstammen. Und gar um die gegenwärtigen Zeugnisse neuerlich vorzuführen, ist eigentlich ein gewisser Mut erforderlich... ; Frim, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1910, p. 12, 1. Voy. aussi les observations de M. Michon, *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, XXXII (1908), pp. 586-587. La conclusion légitime de ces observations serait, semble-t-il, qu'il ne faut se servir des sources « littéraires » qu'après les avoir critiquées, et que les ressources de la critique juridique ne suffisent pas toujours à ce travail préalable. Mais pourquoi le savant auteur va-t-il jusqu'à professer (p. 596, 1) qu'on ne saurait bâtir une théorie juridique sur un texte non juridique ?

[2] Avons-nous besoin de rappeler, entre autres, les belles recherches de M. Mitteis sur les coutumes locales dans la partie orientale de l'Empire romain ?

[3] Les observations de M. Fitting (*Rechtsgeschichtliche Klassiker*, *Zeitschr. der Savignystiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abth., XXIX (1908), pp. 280-281) paraissent empreintes aujourd'hui de quelque exagération.

vola à Labéon, de Masurius Sabinus à Gaius, d'Ulpien à Hermogénien, en personnes fongibles, sans physionomie distincte, sans individualité accusée : ils ont dépassé la période des luttes héroïques que menaient les précurseurs, Dirksen et Sanio, pour introduire les notions de relativité et de succession dans des études où leurs contemporains ne cherchaient que l'absolu dans le simultané ; ils oublient même qu'elle date à peine d'un demi-siècle, cette mince brochure où M. Fitting s'essayait à fixer *l'Age des écrits des jurisconsultes romains depuis Hadrien jusqu'à Alexandre*[1]... Désormais ils connaissent que le droit évolue dans l'espace et dans la durée[2] ; ils savent que l'idée d'évolution entraîne avec elle de profondes transformations dans les procédés et le matériel des recherches, de la construction, de l'exposition ; ils proclament que, si le travail historique ne ressuscite point la réalité dans sa continuité mouvante et dans l'enchaînement insensible de ses phénomènes, il peut, du moins, — tel le cinématographe, qui, par un défilé d'images mortes, donne l'illusion de la vie, — évoquer l'apparence des choses qui passent en sériant chronologiquement les divers aspects qui s'en dévoilent, et en les développant dans l'ordre même de leur succession.

Mais ce n'est pas assez d'accepter et d'exalter le principe, il faut l'appliquer. Dès que les romanistes abordent les réalisations, ils reviennent inconsciemment aux méthodes qu'ils proclamaient déchues. *Video meliora proboque, deteriora sequor.* L'histoire des très anciennes institutions souffre particulièrement de leurs retours au dogmatisme périmé. Qu'on feuillette les monographies récentes qui tirent le meilleur parti du classement chronologique des sources[3] ; combien en trouve-t-on qui

[1] Cf. P. F. Girard, Compte rendu de la deuxième édition de cet ouvrage, dans la *Göttingische gelehrte Anzeige*, 1910, pp. 245-246.

[2] Voy. encore les justes appréciations de M. P. F. Girard dans le compte rendu précité, notamment aux pp. 263-268.

[3] Citons, parmi les plus caractéristiques de ces monographies, celles de Manigk (*Pfandrechtliche Untersuchungen*, I *Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau, 1904) et de Fehr (*op. cit.*) sur le gage et l'hypothèque.

se consacrent au droit de l'époque républicaine? Une infime minorité. Maintenant comme autrefois, la plupart des auteurs qui étudient les institutions archaïques s'en tiennent à une méthode inavouée et inavouable, la méthode des anticipations. Comme ils fréquentent surtout les prudents de l'âge classique, habillés à la mode de Justinien, ils se plaisent à projeter dans le passé le plus reculé la doctrine des Pandectes, et à lui rattacher, à force d'artifices, les quelques témoignages directs que leur a légués la préhistoire. La récente querelle du *merum* nous offre les exemples les plus caractéristiques de ce procès. L'étude de l'ancien *furtum* nous en révèlera plusieurs autres. Nous ne nous flatterons cependant ni de démasquer toutes les anticipations qui ont cours, ni de n'en point commettre nous même de nouvelles : on n'extirpe pas d'un coup, ni chez soi, ni chez les autres, des illusions aussi invétérées. Du moins, ferons-nous loyalement effort, toutes les fois que nous discernerons, dans l'interprétation d'une source ancienne, les traces de suggestions récentes, pour les écarter sans faiblesse, tenant toute conjecture plausible pour préférable à celle qui postule l'immobilité du droit dans le temps[1].

Les sources rassemblées et classées chronologiquement, il faut encore en éprouver la sincérité. Les possédons-nous dans leur teneur originale? Ont-elles subi des additions ou des remaniements? Si elles en ont subi, pouvons-nous restituer le texte primitif? Les romanistes semblent beaucoup plus familiers avec cette branche de la critique de provenance qu'avec les précédentes. Le commerce quotidien du Digeste, — cette mosaïque de fragments juridiques dont s'accusent de plus en plus les maladroits raccords et les maquillages, — les a préparés à toutes les hardiesses. Mais, gardons-nous, en les suivant, de céder aux entrainements du sport[2]! Le jeu n'est pas

[1] Voy. dans le même sens Venzat, *Servius Sulpicius et son école*. Paris, 1901, pp. 2 et sqq.

[2] On sait qu'un ouvrage fondamental sur la recherche des interpolations s'intitule *La chasse aux interpolations* (Kaser, *Der Jagd nach Interpolationen*, la [illegible]

innocent, qui consiste à frapper de suspicion et à corriger au petit bonheur tout témoignage qui ne cadre pas avec une théorie préconçue[1]. Nous userons donc de grandes précautions dans le maniement des critères d'inauthenticité, et nous nous méfierons des exclusions reposant uniquement sur des critères de fond. L'examen auquel nous soumettrons plusieurs textes qui passent aujourd'hui pour interpolés nous conduira à des conclusions conservatrices. Ce sera le corollaire naturel de la résolution que nous venons de prendre : en nous libérant d'idées préconçues qui reposent sur des anticipations, nous éliminerons du même coup les restitutions de textes qui n'ont d'autre fondement que le désir d'accommoder les documents à ces idées.

C'est surtout à la filiation des sources les unes par rapport aux autres que devra s'appliquer notre effort, car c'est là que nous trouverons, chez les juristes, le moins de devanciers. Il n'existe, à notre connaissance, aucune étude d'ensemble sur la façon dont les prudents romains citent leurs auteurs, ou les démarquent[2]. M. Bremer a réuni des matériaux sans les mettre en œuvre. Les recherches de M. Lenel sur le « système de Sabinus » datent d'hier[3]. Encore moins s'est-on préoccupé de découvrir où les écrivains non-juristes ont puisé les informations qu'ils fournissent sur l'ancien droit. Ici Dirksen et Sanio n'ont été ni suivis, ni même compris. On voit couramment les romanistes invoquer, comme deux attestations distinctes dont

Digesten, Weimar, 1897. Cet ouvrage, comme tous ceux du même auteur, est, d'ailleurs, excellent; mais il y a des chasseurs moins prudents que M. Kalb!

[1] Voy., en des sens divers, Von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, Weimar, 1907, pp. 136 et sqq.; Berger, dans *Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1912, pp. 397 et sqq.; Mitteis, *Zur Interpolationenforschung. Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXXIII, 1912, pp. 186 et sqq.; Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, 1913, pp. 1-3.

[2] Le seul travail que nous connaissions en ce sens est celui de Sanio, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Königsberg, 1858.

[3] Lenel, *Das Sabinussystem (Festgabe der Rechtsfakultat zu Strassburg fur Jhering)*, Strasbourg, 1892.

ils admirent la concordance[1], deux passages dont l'un n'est que la copie de l'autre, ou qui s'inspirent tous deux de la même source. Les longues listes de témoignages qu'alignent les éditeurs des Douze Tables au bas de chacune de leurs pages entretiennent sur ce point la plus fâcheuse équivoque. Et il a fallu, dans le débat du *nexum*, qu'il se rencontrât un jurisconsulte qui fût, par hasard, un philologue distingué[2], pour qu'on s'avisât d'esquisser la généalogie des sources sur lesquelles on discutait...

Cet éloignement des juristes pour un genre d'investigations qui a fait ses preuves doit tenir aux habitudes de pensée et de dialectique que leur impose leur éducation traditionnelle. Longtemps le droit n'a été qu'un art; il aspire à peine aujourd'hui à se constituer en science. Aussi l'interprétation juridique courante vise-t-elle à fonder des règles pratiques plutôt qu'à dégager des vérités scientifiques. Or l'action s'accommode mal des scrupules et des hésitations de l'investigation désintéressée; elle veut des impératifs catégoriques. Les juristes portent jusque dans le travail historique leur besoin professionnel de certitude. Toujours épris d'absolu, ils répugnent maintenant à spéculer sur les probabilités comme ils répugnaient jadis à accepter les contingences du temps et de l'espace. Ils exigent des conclusions à arêtes vives, ou qu'ils croient telles. Ils veulent pouvoir dire *oui* ou *non*, à tout prix et à tout risque; ils se résignent difficilement aux *peut-être*. Aussi sent-on chez eux d'obscures résistances[3] contre cette discipline souple, et diverse, et patiente, des philologues, qui base

[1] Cf. Langlois et Seignobos, *Introduction*, p. 73.

[2] Il s'agit de M. B. Kübler (*Kritische Bemerkungen zum Nexum*, *Zeitschr. der Savignystiftung*, R. A., XXV (1904), pp. 254 et sqq.). De même encore, il a fallu attendre l'année 1910, et l'article de M. Demay sur le *Vadimonium* sous les actions de la loi (*Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XXXIV, 1910, pp. 534 et sqq.) pour trouver, sous la plume d'un juriste, une étude consacrée aux sources du texte fondamental de Varron (*L. L.*, VI, 74) qui définit les *praedes* et les *vades*.

[3] La condamnation sommaire prononcée par les juristes contre le livre de Sasse, *Varroniana in den Schriften römischer Juristen*, Berlin, 1867, fournit l'illustration la plus frappante des idées énoncées ci-dessus.

souvent ses démonstrations sur d'infiniment petits, sur des impressions d'ensemble ou sur des nuances de détail, et qui, au lieu de prétendre atteindre d'un bond la vérité définitive, s'achemine humblement vers des vraisemblances provisoires, et n'arrive au but qu'à petites étapes, par des détours, et comme à tâtons. Les juristes semblent craindre qu'une telle discipline ne soit pas une discipline scientifique, mais un simple jeu de la fantaisie et de l'imagination. Oublient-ils que la logique mathématique ne tient pas la méthode des approximations successives pour moins sûre que toute autre méthode? Si, dans la pratique judiciaire, dix, vingt, cent vraisemblances ne suffisent peut-être pas à la société pour condamner un accusé, dans la recherche scientifique, dix, vingt, cent vraisemblances qui convergent vers le même but, et qui s'y recoupent, font pour le chercheur une belle et bonne vérité[1].

Nous ne balancerons pas, quant à nous, à nous arracher à l'ornière où trop d'historiens du droit demeurent embourbés. Au vrai, nous nous défierons plutôt d'un excès de timidité que d'un excès d'audace. Les philologues estimeront peut-être qu'en suivant la filiation des sources nous insistons plus que de raison sur des démonstratations pour eux évidentes, et que nous multiplions les formules dubitatives et les restrictions... Ils sauront, par ce qui précède, quelles préventions nous devons combattre.

Pour appliquer à notre entreprise particulière les règles générales que nous venons de rappeler, nous n'hésiterons pas à nous interdire toute préoccupation d'arrangement esthétique, tout souci de composition harmonieuse et bien équilibrée, en un mot toute coquetterie d'auteur. Il faut oser être ennuyeux. Nous trierons et nous amasserons des matériaux, sans art.

Sans art, mais non sans ordre ! Voici comment nous procéderons.

Il faudra d'abord trier nos matériaux. Les principes dont

[1] Cf. Mitteis, *Zur Interpolationenforschung*, *loc. cit.*, p. 183.

nous nous inspirerons pour cela se rapportent soit à l'âge, soit au contenu de ces matériaux.

Nous étudions, nous l'avons dit, les textes relatifs au *Furtum dans le très ancien droit romain*. Nous entendons par *très ancien droit* le droit civil fondé sur les préceptes des Douze Tables. Le terme *a quo* se perd ainsi dans les ténèbres de la préhistoire. Quant au terme *ad quem*, il semble, *a priori*, se fixer vers le temps des premiers édits prétoriens sur le *furtum*. Mais, outre que ces édits sont peut-être plus récents qu'on ne pense, l'expérience prouve qu'on ne saurait appliquer ici une règle étroite et rigide : d'une part, les édits sur le *furtum* s'échelonnent tout au long d'une période assez étendue, et la plupart d'entre eux ne peuvent se dater avec précision : d'autre part, beaucoup de textes certainement postérieurs à ces édits se réfèrent encore au vieux droit civil et nous intéressent au même titre que des textes plus anciens. Nous devrons même, pour tous les témoignages qui ne portent pas en eux-mêmes la preuve de leur rattachement au *ius civile* ou au *ius honorarium*, discuter d'abord la question de savoir s'ils se réclament de l'un ou de l'autre.

Au VIIe et au VIIIe siècles U. C., le droit prétorien n'a pas encore supplanté pratiquement le droit des Douze Tables dans ses principales applications au *furtum*. Aussi les jurisconsultes de la fin de la République fournissent-ils une contribution importante à notre information. Mais tout change vers le début de l'Empire. Sans doute l'Edit s'enrichit alors de dispositions nouvelles touchant à notre matière, et beaucoup de préceptes du droit ancien perdent toute portée pratique. En même temps, la publication par Mas. Sabinus d'un traité *De Furtis* transforme le caractère de la tradition écrite. Les préceptes du droit civil se trouvent désormais fixés, et, en quelque sorte, immobilisés. Les prudents cessent de se reporter aux sources originales : ils citent ou démarquent Sabinus ; ils ne nous fournissent à peu près plus aucun renseignement inédit. Le travail vraiment neuf et fécond de construction doctrinale

prend désormais l'Edit pour base unique. Nous pouvons donc clore sur l'œuvre de Sabinus notre dépouillement. Nous n'adopterons toutefois cette règle qu'en lui apportant une dérogation[1] plus apparente que réelle : nous consacrerons une étude spéciale à la composition des *Institutes* de Gaius, dans leurs développements sur le *furtum :* cette étude nous permettra d'y discerner l'influence de sources anciennes qui nous avaient échappé jusque-là, et peut-être de les identifier.

Mais à quoi reconnaîtrons-nous qu'un texte, pris dans les limites de temps que nous venons de déterminer, touche ou non à la matière du *furtum?* Cette question présente plus de difficultés qu'on ne croit. En effet, pour savoir si un témoignage se rapporte au *furtum*, il faut, semble-t-il, savoir ce qu'est le *furtum ;* il faut partir d'une définition, d'un système... Or nous avons proscrit provisoirement les définitions et les systèmes fondés sur des anticipations. Nous tombons ainsi dans un cercle.

Nous ne pouvons en sortir qu'en renonçant à fonder notre choix sur une notion par nous dégagée du *furtum*. A un critérium subjectif, nous substituerons un critérium objectif, par conséquent invariable et indépendant de nos partis pris. C'est le critérium externe qui se tire de la terminologie des documents. En ne considérant que la terminologie, nous n'avons plus besoin de postuler une définition du *furtum* ; il nous suffit — démarche plus aisée et moins aventureuse — de constater que tel auteur romain désigne tel fait du nom de

[1] La règle comporte une autre dérogation apparente pour les textes littéraires : nous n'avons pas consacré de chapitre spécial aux auteurs littéraires postérieurs à Cicéron. Mais, en réalité, nous avions déjà utilisé dans les chapitres précédents tout ce qu'il y a d'intéressant pour l'histoire du *furtum* chez les auteurs du temps d'Auguste (p. ex. chez Virgile, Horace, Ovide, Tite-Live, Verrius Flaccus). Nous n'avons omis que des textes insignifiants. Quant à Phèdre, — qui consacre à des histoires de vol plusieurs de ses fables (I, 6; I, 10; I, 23; II, 7; IV, 11; V, 2), il est postérieur, quoique de peu, à Masurius Sabinus. De même pour Martial (VI, 19) et pour Pétrone (cf. les textes réunis par M. Solimena, *Il diritto delle colonie greche d'Italia nelle satire di Petronio Arbitro. Studi... in onore di Carlo Fadda*, Napoli, VI (1906), pp. 411-413, n. 167-193).

furtum. Cela nous amène à la conclusion pratique suivante : dès qu'un texte renferme l'un des mots *fur*, *furtum*, *furari*, *furtivus*, etc., il doit rentrer dans notre dépouillement. Inversement, s'il ne contient aucun de ces mots, il doit en être exclu.

Toutefois nous apporterons à cette dernière proposition une dérogation importante. Nous ne pouvons pas isoler les textes de leur interprétation traditionnelle. Avec le recul du temps, celle-ci a fini par faire bloc avec ceux-là. Or l'interprétation relie parfois à la théorie du *furtum* certains textes que leur terminologie en semblerait écarter. Il faut bien alors que nous suivions l'interprétation, malgré la terminologie. Prenons un exemple. La loi Atinia ne parle littéralement que de *res subruptae* (= *quod subruptum erit*[1]) ; mais les auteurs récents l'interprètent comme s'appliquant aux *res furtivae*. Nous ferons figurer le texte de la loi *Atinia* dans notre dépouillement. Toutefois, en pareil cas, une tâche supplémentaire s'imposera à nous, car le désaccord entre la terminologie ancienne et la tradition postérieure éveille la suspicion et nécessite des éclaircissements. Lorsque ce désaccord ne s'expliquera pas logiquement, il faudra rechercher si la tradition n'a pas faussé le sens de mots qu'elle ne comprenait plus, et confondu des notions jadis distinctes.

Nos matériaux triés, nous aurons encore à les classer et à les présenter.

Dans les limites que nous avons tracées, nous recueillerons tous les témoignages existant, à notre connaissance, sur notre sujet[2]. Nous ne nous bornerons pas à en donner la référence : nous les transcrirons dans leur teneur intégrale, d'après les meilleures éditions, avec aussi peu de coupures que possible.

[1] Gell., N. A., XVII, 7.

[2] A notre connaissance, le seul auteur qui ait esquissé un dépouillement de ce genre est M. Marton Géza, *A furtum mint delictum és vétsatum Római jogi tanulmány*. Debreczen, 1911, pp. 46-54. Mais son dépouillement se trouve à une énumération, assez rapide et assez incomplète, des seuls textes juridiques.

et en les situant dans leur contexte, pour leur conserver leur physionomie propre. Nous n'infligerons pas aux témoignages littéraires un traitement moins favorable qu'aux témoignages juridiques. Nous suivrons, pour les classer tous, l'ordre de leurs dates, autant du moins que cet ordre peut se déterminer; bien souvent nous nous contenterons d'à peu près, faute de mieux ; en tout cas, nous aurons à instituer d'abord une discussion chronologique. Lorsque nous rencontrerons plusieurs versions d'un même témoignage, nous les analyserons et les confronterons toutes à propos de la plus ancienne d'entre elles, que nous prendrons comme point de départ[1]. Si ces versions semblent s'enchaîner les unes aux autres, de façon à constituer dans leur ensemble une tradition, nous examinerons dans quelles conditions cette tradition s'est formée ou déformée. Nous tâcherons ainsi de dégager des additions postérieures le noyau primitif autour duquel elle s'est cristallisée.

Dans tout ce travail, nous n'utiliserons que des renseignements plus anciens, ou de même âge que les documents étudiés. Au cas où nous devrions exceptionnellement invoquer des informations plus récentes, nous ne manquerions pas, pour éviter toute anticipation, d'établir les raisons qui légitiment cet emploi en quelque sorte préventif.

Quant au contenu des textes, nous ne l'interpréterons que dans la mesure où la critique de provenance l'exige. Mais nous nous garderons de toute interprétation supposant des généralisations théoriques d'ensemble, puisque nous ajournons notre tentative de synthèse à un volume ultérieur[2] et puisque nous nous bornons à entreprendre ici une étude de sources. Néanmoins, les textes nous livreront immédiatement des consta-

[1] Evidemment, cette méthode nous expose à des redites. On estimera sans doute que nous abusons des renvois d'un chapitre à l'autre de notre livre. Mais cette inélégance est compensée, et au delà, par l'avantage qu'il y a à examiner les traditions juridiques à partir du point où elles prennent naissance.

[2] Nous n'avons manqué consciemment à ce précepte qu'une seule fois. Voy. *Infra*, c. IV, § 1, les raisons de cette infraction.

tations historiques importantes. Nous remarquerons, notamment, dans certains d'entre eux, que telle expression technique apparaît déjà, ou n'apparaît pas encore. Nous n'en conclurons pas *de plano* à l'existence ou à la non-existence de la notion correspondante dans le temps où fut écrit le texte. Mais, comme le géologue qui marque les affleurements superficiels des roches pour en restituer, par induction, l'étagement souterrain, nous signalerons dès maintenant, par des jalonnements terminologiques, les points où les couches profondes des formations juridiques émergent à la surface et deviennent accessibles à l'investigation.

On trouvera peut-être que nous avons trop longuement et minutieusement insisté sur ces principes. Les romanistes ne se plaisent guère à discuter sur la méthode. Leur éloignement pour ces spéculations implique-t-il qu'ils s'en désintéressent? ou implique-t-il qu'ils préfèrent démontrer leur méthode en agissant? Nous voulons croire que la deuxième supposition est la vraie, et qu'ils nous sauront gré, malgré tout, sinon d'avoir explicitement tracé notre plan de recherches, du moins d'en avoir tenté l'exécution. Souhaitons seulement que les imperfections de la mise en œuvre, dans les pages qui vont suivre, ne desservent point à leurs yeux une méthode que nous croyons féconde, la seule dont on puisse attendre un renouveau des études de droit romain[1].

[1] Il nous sera permis d'adresser ici de vifs remerciements à tous les savants qui ont bien voulu nous aider de leurs conseils. Nous nommerons surtout nos collègues MM. Ch. Appleton, professeur de droit romain, et Ph.-E. Legrand, professeur de philologie grecque à l'Université de Lyon.

ÉTUDES

SUR

LE FURTUM

DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN

I

LES SOURCES

CHAPITRE PREMIER

LES DOUZE TABLES

1. Place qu'occupent dans les Douze Tables les préceptes relatifs au *furtum*. — § 2. Le *fur nocturnus*. — § 3. Le *fur qui telo se defendit*. — § 4. La *quaestio lance licioque* et l'ancien *furtum manifestum*. L'unité de la *quaestio*. — § 5. La répression du *furtum manifestum*. L'*addictio*. — § 6. La répression des dommages causés *furtim* aux moissons. — § 7. Inexistence, dans les Douze Tables, du délit d'*arbores furtim caesae*. — § 8. Le précepte sur le *furtum nec manifestum*. — § 9. La procédure de l'action *furti nec manifesti*. — § 10. Le *furtum* commis par le tuteur aux dépens du pupille. — § 11. Le *tignum furtivum aedibus vineaeve iunctum*. — § 12. L'action *furti* noxale. — § 13. Conclusion.

C'est dans les Douze Tables, ce recueil que les annalistes romains placent vers le début du IVe siècle U. C. — exactement en l'an 305 (= 449 avant Jésus-Christ) — qu'on trouve les plus anciens témoignages sur le *furtum*. Ces témoignages sont soigneusement rassemblés dans les différentes éditions et restitutions de la loi[1]. Nous

[1] Nous avons surtout employé les éditions de Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf Tafelfragmente*, Leipzig, 1824, et de Schoell, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Leipzig, 1866, desquelles procèdent, avec quelques variantes, les éditions données par Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes iuris romani antiqui*[7], I, Tübingen, 1909, pp. 16-40; P. F. Girard, *Textes de droit romain*[4], Paris, 1913, pp. 9-43; et S. Riccobono, *Fontes iuris romani anteiustiniani* (edd. S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini),

ne saurions nous flatter d'en augmenter le nombre. Cependant, nous croyons utile de classer ceux qui sont connus, et d'en fixer, sans idées préconçues, la forme et le contenu. Peut-être n'a-t-on pas tout dit à cet égard.

I

Avant d'aborder le détail de notre étude critique, nous devons résoudre une question préliminaire. Dans quel ordre convient-il de distribuer nos sources? Evidemment, nous devrions suivre l'ordre que les Douze Tables elles-mêmes suivaient, si nous le connaissions. A en croire les auteurs de restitutions, depuis Jacques Godefroy[1] et Dirksen, jusqu'à Nikolsky, nous le connaîtrions parfaitement : ces auteurs disposent en effet leurs matériaux, en belle ordonnance, dans des cadres aux contours précis : ils y déploient une assurance si intrépide qu'on suppose naturellement qu'ils s'appuient sur des raisons excellentes. Quelle déception quand on examine lesdites raisons de près! Les meilleures d'entre elles[2] se réduisent à deux, toutes deux d'application restreinte. On utilise, d'une part, les quelques témoignages positifs qui assignent à un fragment donné une place définie; mais ces témoignages sont rares : à peine permettent-ils de situer quatre ou cinq fragments. On utilise, d'autre part, et surtout, l'ordre général suivi par Gaius dans la monographie en six livres[3] qu'il a composée sur les Douze Tables. A vrai dire cette monographie est perdue : mais les compilateurs de Justinien en ont extrait un certain nombre de textes pour les insérer au Digeste, et, comme ils ont eu soin, selon leur coutume, d'indiquer dans chaque rubrique le livre auquel le texte correspondant est emprunté, nous possédons ainsi certaines données sur la place approximative qu'attribuaient à certains sujets le commentateur et le monument

Florentiae, 1909, I, pp. 21-63. Nous avons aussi consulté M. Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, et Nikolsky, *XII Tablitz (Svodniy text otrivkof XII Tablitz s'svidietelstvami drevnich i oukazateliami)*, Saint-Pétersbourg, 1897.

[1] Godefroy, *Fontes quatuor iuris civilis*, 1653, dans Otto, *Thesaurus*, t. III, (notamment *préface* et *lib. IV*).

[2] Beaucoup moins sûrs sont, naturellement, les arguments qu'on tire, par exemple, de l'ordre suivi par l'édit du préteur ou de la composition des *libri iuris civilis* de Mas. Sabinus.

[3] Chiffre attesté par l'*Index* des *Pandectes*.

commenté. Malheureusement, nous n'avons que vingt-huit[1] de ces passages de Gaius, et beaucoup sont peu significatifs. De plus, pour les employer à classer certaines questions dans une table déterminée, et dans une section déterminée de cette table, il faut admettre des postulats invérifiables, et notamment l'idée que chaque table formait un tout et contenait un ensemble homogène de matières[2]. Aussi plusieurs éditeurs des Douze Tables ne se conforment-ils à l'ordre traditionnel que pour ne pas troubler les habitudes reçues[3]. La plupart des fragments demeurent rebelles à tout classement.

Malgré ces constatations générales peu encourageantes, voyons quel est l'état de nos informations sur l'ordre suivi par les Douze Tables dans la distribution des préceptes relatifs au *furtum*.

Ces informations se ramènent à quatre ou cinq textes de Gaius. Les compilateurs de Justinien ont surtout pris dans les *libri ad legem XII Tabularum* des interprétations de mots employés par les Douze Tables. Ainsi ils ont emprunté :

1° Au livre Ier une interprétation du mot *telum*[4] (*Dig.*, 50, 16, fr. 233, 2). Ce mot figurait dans une disposition sur le *fur diurnus qui telo se defendit*, et dans une disposition sur le meurtre commis par imprudence (*si telum manu fugit magis quam iecit*[5]). Mais l'interprétation de Gaius ne peut guère viser que la première, puisqu'elle s'applique non seulement aux *tela quae manu mittuntur*, mais encore aux *tela quae ab arcu mittuntur*[6]. Elle se trouve

[1] Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, I, pp. 242-246, n° 418-445, réunit ceux de ces fragments qui sont recueillis au *Digeste*. Peut-être faut-il y ajouter certaine mention qu'on trouve chez Johannes Lydus, *De magistratibus*, I, 34 ; dans ce cas, les fragments conservés des *libri ad legem XII Tabularum* de Gaius seraient au nombre de vingt-neuf.

[2] Voy., parmi les partisans de la méthode traditionnelle, Dirksen, pp. 11 et suiv. ; Voigt, pp. 51-63 ; et, parmi ses adversaires, Schœll, pp. 67-72 ; Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts* (*Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, de Binding, I, 2, Leipzig, 1912, p. 13 n. 31 ; Lenel, *Sabinussystem*, pp. 4-5 ; P. F. Girard, *Textes*[4], pp. 10-11.

[3] Schœll, p. 70 ; Girard, *Textes*[4], p. 11.

[4] *Infra*, c. I, § 3.

[5] Cic., *Pro Tullio*, 21, 51, et *De Orat.*, III, 39, 158.

[6] « Telum » volgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur ; sed non minus omne significatur, quod mittitur manu. Ajoutons que Gaius donne ailleurs (*Dig.*, 47, 2, fr. 55 (54), 2), à propos du précepte sur le *fur diurnus*, une interprétation du mot *telum* visiblement apparentée à celle qu'il produit dans notre texte.

placée dans un contexte où étaient interprétées aussi les expressions *si calvitur* et *dies tertius*.

2° Au livre Ier, une indication sur la répression du délit consistant à *arbôres et maxime vites caedere (Dig.*, 47, 7, fr. 2). Ce délit est une sorte de *furtum*. Précisément Gaius remarque que les délinquants sont punis *tanquam latrones*.

3° A un livre inconnu, qui pourrait encore être le livre I, une observation sur le sens du mot *arbor* dans le précepte relatif au même délit[1] *(Dig.*, 47, 7, fr. 4).

4° Au livre III une interprétation de l'expression *fabri tignarii*, fournie sans doute à propos de l'action *de tigno iuncto (Dig.*, 50, 16, fr. 235, 1).

5° Enfin au livre VI une interprétation du mot *noxia*, se rapportant peut-être à la disposition sur l'action *furti* noxale *(Dig.*, 50, 16, fr. 238, 3).

Ainsi sur les vingt-huit fragments du commentaire de Gaius, il y en a quatre, et probablement cinq, qui nous intéressent directement. Parmi eux, deux, et probablement trois, proviennent du livre I, un du livre III et un du livre VI. D'où l'on peut conclure que les XII Tables traitaient du *furtum* principalement dans leurs premières tables, et accessoirement dans celles du milieu et dans celles de la fin. Il est moins légitime de spécifier qu'elles en traitaient dans les tables I-II, V-VI et XI-XII, car il faut supposer pour cela que Gaius commentait dans chacun de ses livres toutes les lois contenues dans deux tables[2], ce qui n'est pas démontré[3].

Nous disposons d'une autre indication du même ordre. Une citation d'Aulu-Gelle[4] nous apprend que Labéon, au second livre de son commentaire sur les Douze Tables, critiquait la jurisprudence rigoureuse des *veteres* dans les procès de *furtum*. Mais quel était

[1] Le numéro du livre est perdu; les manuscrits portent : Gaius, *libro ad legem XII Tabularum*. Godefroy restituait avec vraisemblance *libro I°*. Lenel, *l° c°*, I, p. 243, n. 6, adopte cette conjecture. Voigt, *op. cit.*, I, p. 57, 9, veut lire *libro IV°*.

[2] En ce sens Dirksen, p. 15.

[3] Schœll remarque (pp. 70-71) que Gaius commente dans son livre II le mot *hostis* de la disposition rapportée par Festus, V° *Status dies* (Ed. Mueller, p. 314; éd. Thewrewk de Ponor, p. 458; cf. V° *Reus*. Ed. M., p. 273; éd. Th., p. 372). Aussi Voigt suppose-t-il (I, pp. 57, 8) que la rubrique du fragment 234 (*Dig.*, 50, 16 : Gaius, *l. secundo ad legem XII tabularum*) est erronée. Il lit : *libro primo*.

[4] Gell., VI (VII), 15, 1.

l'endroit des Douze Tables qu'expliquait Labéon dans son second livre ? Pour pouvoir le conjecturer, il faudrait savoir combien la monographie de Labéon comprenait de livres. Suppose-t-on, avec Godefroy et Dirksen[1], qu'elle en comprenait douze ? On rattache alors son thème aux premières tables décemvirales, plus exactement à la deuxième, pour peu qu'on admette que Labéon consacrait un livre à chaque table. Mais l'hypothèse initiale reste gratuite ; il n'existe point d'indice permettant d'attribuer à l'œuvre de Labéon douze livres plutôt que deux, ou vingt-quatre, ou tout autre chiffre arbitrairement choisi[2]. Suppose-t-on, avec Pernice[3], qu'elle ne comprenait que trois livres ? L'allusion au *furtum* figure alors dans la partie centrale des Douze Tables. En tout cas, il y a contradiction à admettre simultanément, comme semble le faire M. Bremer, que Labéon avait écrit seulement trois livres *ad legem XII Tabularum*[4], et qu'il traitait du *furtum* en expliquant la seconde table[5]. En réalité il n'y a, dans le témoignage d'Aulu-Gelle, aucune donnée utilisable à notre point de vue. Aussi s'étonne-t-on de constater que plusieurs auteurs s'en servent pour affirmer qu'il était question du *furtum* dans la seconde table. Tout ce qu'on peut conjecturer, en éliminant ce témoignage sans autorité, et en s'en fiant au seul Gaius, c'est qu'il était question du *furtum* dans les deux (?) premières tables.

Telle n'est pas cependant l'opinion commune. Tous les éditeurs modernes des Douze Tables, depuis Dirksen[6], placent les dispositions sur le *furtum* dans la septième[7] ou dans la huitième[8] table. Pourquoi ? Parce que, pensent-ils, les rédacteurs du recueil ont dû

[1] Dirksen, p. 113.

[2] Tout ce qu'on sait, c'est qu'elle avait au moins deux livres, puisqu'Aulu-Gelle cite le second.

[3] Pernice, *Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Halle, t. 1873, p. 54.

[4] Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, Lipsiae, 1896-1901, II 1, p. 81.

[5] Bremer, *l. c.*, p. 82.

[6] Jacques Godefroy, au contraire, plaçait les dispositions sur le *furtum* dans la deuxième table, sous le titre général *De iudiciis et furtis* (*Notae breves ad XII Tabulas*, p. 153 et sqq., dans Otto, *Thesaurus*, t. III

[7] Voigt, I, pp. 717-720. Nikolsky, pp. 9-10.

[8] Dirksen, pp. 734-736. Schell, pp. 143-148, suivis par Bruns-Mommsen-Gradenwitz[7], pp. 31-33 ; P. F. Girard, *Textes*[5], pp. 18-19, Riccobono, *Fontes*, pp. 56-58. Voy. aussi Wordsworth, *Fragments and specimens of early latin*, Oxford, 1874, p. 260.

suivre un plan méthodique et bien coordonné[1] : dès lors ils ne peuvent avoir placé le *furtum* dans les deux premières tables, qui traitaient de la procédure *in iure* et *in iudicio*[2] ; ils doivent l'avoir mis dans la septième et la huitième, qui traitaient des obligations, et spécialement des obligations délictuelles[3]. On touche du doigt le vice de ce raisonnement. Comment peut-on prêter aux rédacteurs des Douze Tables le souci d'une composition serrée, d'un classement méthodique ? L'hypothèse ne trouve aucun appui dans les textes ; de plus elle se heurte à la fois à la tradition et aux résultats fournis par l'histoire comparative[4]. La tradition nous apprend comment, l'œuvre des premiers décemvirs ayant paru incomplète, d'autres décemvirs furent nommés pour l'achever et l'amender, et élaborèrent pour cela deux tables complémentaires qu'ils juxtaposèrent aux dix tables déjà rédigées. Quelque caractère qu'on attribue à ce fait, il prouve, ou bien qu'on n'avait pas tracé de plan au début de l'entreprise, ou bien que, si on en avait tracé un, on n'y attachait pas grand prix, puisqu'on se contentait d'un appendice d'*errata* et d'*addenda* au lieu de procéder à une revision interne. Quant à l'histoire comparative, elle nous montre combien peu se trahit le souci d'une composition quelconque dans les recueils juridiques des milieux analogues à celui où les Douze Tables ont vu le jour[5]. En réalité Dirksen et les auteurs qui l'ont imité ont commis une anticipation : ils ont prêté aux décemvirs la mentalité de législateurs modernes : à tout prix ils ont voulu faire des Douze Tables une sorte de Code, ils ont suivi leurs préventions, plutôt que les témoignages historiques[6]. Leur parti pris éclate dans leur classement des préceptes sur le *furtum :* ils les accumulent dans des tables qu'aucun

[1] Voy. surtout Dirksen, pp. 100 et sqq.

[2] Dirksen, pp. 112 et sqq.

[3] Dirksen, pp. 448 et sqq.

[4] Lenel, *Sabinussystem*, p. 5.

[5] Bornons-nous à renvoyer aux indications fournies, au cours du débat sur l'authenticité des Douze Tables, entre autres, par M. Lambert, *le Problème de l'origine des XII Tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples. Rev. générale de droit*, 1902. Notons que des monuments législatifs d'une civilisation déjà avancée, p. ex. nos grandes ordonnances françaises du XVIe siècle, n'ont presque aucun plan discernable.

[6] Dirksen ne consent à faire, en ce qui concerne les premières tables, qu'une seule concession au témoignage de Gaius (p. 119 et p. 526) : il suppose que la deuxième table traitait du pacte extinctif des actions pénales, et que Gaius avait pu, à ce

fragment de Gaius ne désigne[1]. C'est à peine si Dirksen et ses successeurs consentent à placer l'action *furti* noxale dans la table XII. Mais, quand on n'écoute que la pure logique, on ne saurait faire les choses à demi. M. Nikolsky parachève l'exécution commencée en faisant réintégrer la table VII à l'action *furti* noxale. Que les rédacteurs des Douze Tables eussent bien composé, s'ils eussent été à l'école de M. Nikolsky ! Quel dommage qu'on puisse douter qu'ils y aient été[2] !

Pour nous, nous prendrons pour guides les seuls témoignages historiques dont nous disposons, ceux de Gaius. Certes les indices que nous en pouvons tirer sont fragiles, et nous en ferions bon marché si nous avions quelque texte clair et formel en sens con-

propos, insérer dans son commentaire des remarques s'appliquant à l'action *furti*. Schœll fait observer, à juste titre (pp. 40-41), qu'aucun texte ne rattache expressément cette question à la deuxième table. C'est pourquoi il lui donne une petite place dans la table VIII (VIII, 16, p. 147, note). Il oublie malheureusement, à son tour, de dire sur quels textes décisifs il peut s'appuyer pour cela... De même (p. 41, 1), il tance Sell pour avoir transporté de la table VIII à la table VI, 2, la disposition sur l'action de dépôt au double rapportée par Paul., *Sent.*, II, 12, 11, sans s'apercevoir qu'il commet la même faute que lui : Sell croit que les décemvirs avaient réuni tous les préceptes sur les sanctions des contrats dans la table VI ; Schœll croit qu'ils avaient réuni tous les préceptes sur les sanctions des délits dans la table VIII. Qui décidera entre la prévention de Sell et celle de Schœll?

[1] Dirksen tente bien, p. 117, de donner un argument de texte. Mais combien misérable! Il part du texte connu d'Aulu-Gelle (*N. A.*, XVI, 10, 8) : Sed enim cum proletarii et assidui et sanates et vates et subvades et viganti quinque asses et taliones, furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint, omnisque illa XII Tabularum antiquitas... consopita sit... Les allusions que fait Aulu-Gelle doivent, pense Dirksen, suivre l'ordre dans lequel les Douze Tables traitaient de ces institutions (Dirksen, p. 16). Il conclut, par suite, que les XII Tables s'occupaient du *furtum* après s'être occupées de l'*iniuria* (à quoi se rapporte la mention des XXV *asses* et des *taliones*). — Faut-il réfuter un pareil raisonnement? Peut-on imaginer sérieusement qu'Aulu-Gelle, et le jurisconsulte qu'il a démarqué (Labeon, ou plutôt Mas Sabinus? Cf. Hosius, *A. Gellii noctium atticarum libri XX*, Lipsiae, 1903, I, Praefatio, pp. LI-LII) se sont astreints à respecter l'ordre de la loi? Pourquoi l'auraient-ils fait? Une boutade lancée au hasard d'une conversation vaut-elle une table méthodique des matières? Ajoutons qu'on argumente de la place occupée par l'*iniuria* comme si on connaissait cette place. Or on ne range l'*iniuria* dans les tables VII et VIII qu'en vertu de la prévention générale qui veut que ces deux tables comprennent toute la matière des délits.

[2] Le système défendu ici a déjà été soutenu par M. Lenel, *Palingenesia*, I, p. 458, n. 3 : « Decemviros cum hoc loco (in tab. II, ut videtur, de furti [illegible]) [illegible] veri est dissimile. » Et M. Lenel fait remarquer à ce propos que « la Loi Salique a suivi un plan analogue (I, 2) », il renvoie aussi à Sumner Maine, *Early law and custom*, 1883, p. 371.

traire. Mais nous n'en avons pas, et nos préjugés ne sauraient en tenir lieu. Nous placerons donc le siège de la matière du *furtum* dans les premières des Douze Tables. Nous ne ferons d'exception que là où des textes nous incitent à en faire, c'est-à-dire pour le *tignum iunctum*, que nous mettrons vers les tables V-VI, et pour l'action *furti* noxale, que nous mettrons vers les tables XI-XII, celles-là mêmes qui, selon la tradition, auraient été ajoutées après coup. Nous suivrons cet ordre dans notre étude des sources.

2

Une première masse de témoignages concerne deux sortes de vols qualifiés qu'on réprime avec une sévérité particulière, le vol de nuit, et le vol à main armée.

1° Vol de nuit. Le précepte est textuellement cité par Macrobe[1] :

Non esse ab re puto hoc in loco id quoque admonere, quod decem viri in duodecim tabulis inusitatissime nox pro noctu dixerunt. Verba haec sunt : « Si nox furtum factum sit[2], si im occisit, iure caesus esto », in quibus verbis id etiam notandum quod ab eo quod est is non eum casu accusativo, sed im dixerunt.

Comme on le voit, cette disposition sert d'exemple aux grammairiens pour illustrer deux remarques philologiques : 1° L'accusatif archaïque de *is* est *im* (et non *eum*) ; 2° Le nominatif *nox* s'emploie anciennement comme adverbe, dans le sens de *nuitamment*, là où les auteurs classiques emploient les ablatifs *noctu* (de *noctus*) et *nocte* (de *nox*[3]). Sur les deux points nous possédons plusieurs autres témoignages :

Sur le premier, ce sont, dans l'ordre chronologique, les textes suivants :

Festus (Paul Diacre, V° *Im*, éd. Mueller, p. 103; éd. Thewrewk de Ponor, p. 73) :

[1] Macr., *Sat.*, I, 4, 19 (Ed.[2] Eyssenhardt, Lipsiae, 1893, p. 17, l. 6-12).

[2] Les manuscrits portent *factum sit*. On admet généralement, depuis Cujas (*Observationes*, XI, 27), mais en vertu d'idées préconçues sur le sens de *furtum facere*, la correction de *factum sit* en *faxsit*. Cf. Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 569 et sqq.

[3] Fleckeisen, *Nox als adverbium bei Plautus*, *Jahrbucher für classische Philologie*, XL (1894), pp. 849-852; Wordsworth, *Early latin*, p. 528.

Im ponebant pro eum a nominativo is[1].

Festus a sans doute suivi ici, comme à son ordinaire, Verrius Flaccus.

Charisius, *Institutiones grammaticae* (Keil, *Grammatici latini*, I, Lipsiae, 1857), p. 133 :

Im pro eum. Nam ita Scaurus in arte grammatica disputavit antiquos im ques hunc eundem significare consuesse et declinari ita, is eius ei eum vel im, numero plurali is, ut est locutus Pacuvius in Medo :

Ques sunt is? Ignoti nescio ques.

L'auteur de Charisius est ici le grammairien Q. Terentius Scaurus, qui vivait au temps d'Hadrien[2]. De son *Ars grammatica*, il subsiste à peine quelques fragments[3] ; elle porte l'empreinte, en ce qui concerne la composition, de l'influence du grammairien grec Palaemon. Quant aux sources romaines qui y ont été utilisées, elles comprennent surtout des *Varroniana*[4].

Dans cette liste chronologique, l'information de Macrobe prendrait le troisième rang, puisque Macrobe, qui vivait vers la fin du IVe siècle et le commencement du Ve, est postérieur à Festus (IIIe siècle) et à Charisius (IVe siècle). Après Macrobe, on trouve encore la même indication dans les glossaires.

Glossae graeco-latinae (Goetz, *Corpus glossariorum latinorum*, II, 1888, p. 251, 49) :

Αὐτόν im.

Glossae latino-graecae (Goetz, II, p. 75, 19 ; p. 77, 21. Cf. II, p. 77, 23 ; p. 252, 8) :

Im αὐτόν, εἰς αὐτόν[5].

[1] Cf. Paul. Diac., V° *Callim* (Ed. M., p. 77 ; ed. Tu., p. 33) : Callim antiqui habebant pro clam, ut nis pro nobis, sam pro suam, im pro eum, — et V° *Im* (Ed. M. p. 77 ; Ed. Tu., p. 54) : Im pro eum, ab eo quod est is.

[2] Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian* (*Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft* d'I. v. Müller, VIII), III, 1905, pp. 166-168.

[3] Rassemblés notamment par Keil, *Grammatici latini*, Lipsiae, 1855-1858, VII, pp. 335 ; Krumbow, *Symbola critica ad grammaticos latinos*, Gottingae, 1886, p. [illegible] ; P. Meyer, *Quaestiones grammaticae ad Scauri artem restituendam* [illegible], Lipsiae, 1885.

[4] Keil, VII, p. 8.

[5] Sur les rapports de filiation entre ces glosses et Festus, voy. surtout Goetz, *Ad legem XII Tabularum adnotationes glossematicae*, Index lectionum, 1889, p. [illegible].

A la rigueur, quelques-unes des gloses que nous venons d'énumérer pourraient se référer à un autre précepte des Douze Tables où l'on trouve l'accusatif im ; c'est l'une des dispositions sur les sépultures rapportées par Cicéron [1] : Cui auro dentes iuncti escunt, ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto. Mais cette disposition n'a été citée par aucun autre auteur ; rien ne prouve qu'elle ait attiré l'attention des grammairiens [2].

Sur le deuxième point (emploi archaïque de nox au lieu de noctu ou nocte), nous pouvons mentionner :

Aulu-Gelle, *Noctes atticae*, VIII, 1 [3] :

« Hesterna noctu » rectene an cum vitio dicatur et quaenam super istis verbis grammatica traditio sit ; item quod decemviri in XII Tabulis nox pro noctu dixerunt.

D'après Nettleship [4] et Hosius [5], Aulu-Gelle avait dû tirer ce chapitre d'un ouvrage qui lui a servi à composer aussi le chapitre 24 de son livre X, et qui traitait de certains archaïsmes dans les locutions relatives au temps. Nous ignorons l'auteur de cet ouvrage. On a pensé soit à Valerius Probus [6], soit à Pline [7].

Vient ensuite, dans l'ordre chronologique, le passage précité de Macrobe. Comme il arrive très fréquemment [8], Macrobe paraît avoir ici démarqué Aulu-Gelle ; il lui a emprunté textuellement les mots « quod decemviri in XII Tabulis... nox pro noctu dixerunt ». Nous serions porté à croire qu'il ne lui a pas pris que cela et que, si nous

[1] Cic., *De legibus*, II, 24, 60. Nous donnons la restitution généralement suivie par les éditeurs des Douze Tables. L'édition Orelli (IV, p. 902) porte : Cui auro dentes iuncti esunt, ast im cum illo, sepelirei ureive se fraude esto.

[2] A la différence du texte sur le *fur nocturnus*, pour lequel nous avons le témoignage de Macrobe.

[3] Du VIIIe livre d'Aulu-Gelle, il ne nous reste que les têtes de chapitres.

[4] Nettleship, *The Noctes Atticae of Gellius. Lectures and Essays*. Oxford, 1885, p. 273.

[5] Hosius, I, p. xxxviii. D'ouvrages de ce genre ont pu être extraits, comme le soupçonne Hosius, les développements analogues qu'on trouve chez Nonius (Ed. Mercier, p. 98, 20 ; éd. Lindsay, I, p. 140) et chez Charisius (Keil, *Grammatici*, I, p. 207, 16, jusqu'à 208, 14).

[6] Hosius, I, pp. xli-xlii. Voy. par ex. Gell., XIII, 21, où Valerius Probus traite de questions voisines de celle-ci.

[7] Beck, *Studia Gelliana et Pliniana*. *Jahrbücher für classische Philologie* de Fleckeisen, Supplementband XIX, 1892, p. 21.

[8] En ce sens Dirksen, *XII Tafeln*, p. 504. Voy. Teuffel-Kroll-Skutsch, *Gesch. der röm. Literatur*[6], III, p. 385.

possédions le chapitre I du livre VIII (aujourd'hui perdu) des *Nuits Attiques*, nous y trouverions intégralement le passage de Macrobe que nous avons transcrit — y compris la citation du précepte des Douze Tables — et que, par conséquent, la source la plus ancienne à laquelle nous puissions remonter de ce côté est la source d'Aulu-Gelle, c'est-à-dire Pline l'Ancien ou Valerius Probus.

Priscianus, *Institutiones grammaticae*, VI, 93 (Ed. Keil, *Grammatici latini*, II, p. 278) cite Ennius *in XVI annali* :

Si luci, si nox, si mox, si iam data sit frux[1].

Voilà ce que nous savons de la tradition grammaticale relative au vol nocturne. Les orateurs et les juristes ont fait aussi quelques allusions au précepte des Douze Tables sur la matière. En général, ils l'ont rapproché du précepte sur le *fur diurnus qui telo se defendit* ; nous retrouverons leur témoignage plus loin. Citons toutefois encore ici, comme faisant exception à cette règle, un endroit du panégyrique des Douze Tables qu'Aulu-Gelle met dans la bouche du jurisconsulte Sextus Caecilius Africanus[2], répondant aux critiques du philosophe Favorinus[3] :

Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest ? nisi duram esse legem putas... quae furem manifestum ei cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi[4] tribuit. Dic enim, quaeso, dic, ... an ... aut furis manifesti intolerandam audaciam[5] aut nocturni grassa-

[1] *Ennianae poesis reliquiae*², éd. Vahlen, Lipsiae, 1903, p. 77, v. 431. Comme exemple de l'emploi adverbial de *nox*, voy. aussi un vers de Lucilius rapporté par Servius, *In* Verg., *En.*, X, 244 : Hinc media remis Palinurum pervenio nox. Marx, *C. Lucilii carminum reliquiae*, Lipsiae, 1904-1905, I, p. 11, v. 127.

[2] Sur son identification, voy. Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius*, *Hinterlassene Schriften*, I, pp. 62-63 ; Krueger, *Gesch. der Quellen*², p. 194, n. 6 ; Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*², Halle, 1908, p. 31 ; Lévy-Bruhl, dans *Études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard*, Paris, 1912, I, p. 143, n. 3. L'identité d'Africanus et du jurisconsulte Caecilius cité par Aulu-Gelle paraît échapper complètement à Gelli, *Del furto manifesto nel diritto romano* (*Archivio giuridico*, XXV (1880), pp. 46-87), p. 65.

[3] Gell., *N. A.*, XX, 1, 7 et 8.

[4] *Ius occidendi* : Codex Vossianus. *Iure occidendi* : l'archétype des trois manuscrits désignés par Hosius des lettres Q, Z et B.

[5] Ces mots ont servi de point de départ à certains criminalistes pour soutenir que c'est l'audace du voleur qui justifie la répression spéciale de la flagrance. Cf. Cuq-Marx, *Sulle vere origini del furto antico*, *Archivio giuridico*, XXI (1878), pp. 90-115, notamment pp. 109 et sqq.

toris insidiosam violentiam non dignam esse capitis pœnae existumes ?

Bien entendu, Aulu-Gelle a imaginé le dialogue de Favorinus et d'Africain, et ce n'est point à ce dernier qu'on peut attribuer la paternité de l'allusion. On paraît s'accorder aujourd'hui[1] à reconnaître qu'Aulu-Gelle s'est inspiré, pour rédiger tout le chapitre, du commentaire de Labéon sur les Douze Tables[2] : ce qui nous autorise à parler, à ce propos, de tradition juridique. Nous savons par ailleurs[3] qu'en effet, dans ce commentaire, Labéon critiquait assez vivement l'ancien droit civil du *furtum*. Il y a des chances pour que la mention ici faite de la répression du *furtum manifestum* vienne de Labéon, et même pour que Labéon ait désapprouvé cette répression, notamment l'*addictio* du *fur manifestus*[4].

3

2° Vol de jour à main armée. Nous ne possédons pas la teneur intégrale de la disposition des Douze Tables. Mais les parties les plus caractéristiques s'en trouvent rapportées par Cicéron dans son plaidoyer *Pro Tullio*, qui, en un assez long passage, étudie son interprétation. P. Fabius avait fait occuper violemment, par une troupe d'esclaves armés, la *centuria Populiana* appartenant à M. Tullius. Il y avait eu bagarre, et des esclaves de Tullius avaient péri. Tullius intentait contre Fabius l'action *bonorum vi raptorum*. L. Quinctius, avocat de Fabius, essayait de disculper son client[5] en prétendant que ses hommes se trouvaient en état de légitime défense : il citait à ce propos le texte des Douze Tables qui permet de tuer le voleur de nuit, et le voleur de jour qui se défend avec une arme :

Atque ille (sc. L. Quinctius) legem mihi de XII Tabulis recitavit,

[1] Dubitatif Dirksen, *Hinterlassene Schriften*, I, pp. 62-63.

[2] Ruske, *De A. Gellii Noctium Atticarum fontibus quaestiones selectae* (Diss. Vratislav), Glaciae, 1883, p. 66; Hosius, I, Praef., p. LVI.

[3] Gell., VI, 15, 1.

[4] Il semble que Dirksen, *VII Tafeln*, p. 578, ait admis cette idée.

[5] Sur l'argumentation de Quinctius, voy. Keller, *Semestrium ad Ciceronem libri sex*, Turici, 1842, p. 625; pp. 643-644; De Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, 1857, pp. 307-308.

quae permittit, ut furem noctu liceat occidere, et luce, si se telo defendat[1].

Cicéron repousse l'argument. Quel rapport y a-t-il entre ce texte et le meurtre commis ?

Num (sc. servi M. Tulli) furatum domum P. Fabii noctu venerunt ? Ne id quidem. Num luce furatum venerunt et se telo defenderunt ? Dici non potest[2].

Mais Quinctius insistait : « Je n'avais pas voulu, disait-il, tirer parti de ces préceptes comme s'appliquant directement aux esclaves de M. Tullius. Mais je les avais cités pour établir que les Romains d'autrefois faisaient meilleur marché de la vie humaine que ceux d'aujourd'hui » :

Non, inquit (Quinctius), ad eam rem recitavi, sed ut hoc intellegeres, non visum esse maioribus nostris tam indignum istuc nescio quid, quam tu putas, hominem occidi[3].

A quoi Cicéron répliquait en interprétant autrement les textes allégués : ces textes prouvaient, selon lui, que les anciens n'autorisaient le meurtre qu'exceptionnellement, dans des cas d'absolue nécessité :

At primum istae ipsae leges, quas recitas... significant, quam noluerint maiores nostri nisi cum pernecesse esset, hominem occidi[4]. . Furem, hoc est, praedonem et latronem, luce occidi vetant XII Tabulae : cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, « nisi se telo defendit », inquit, etiamsi cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit, non occides. Quod si repugnat, « endoplorato », hoc est, conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. Quid ad hanc clementiam addi potest, qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris ferro defendere liceret[5] ?

Et Cicéron reprend, semble-t-il, la même interprétation restrictive dans un autre passage du *Pro Tullio* que cite le rheteur Julius Rufinianus, comme exemple d'« ἀποφασις sive αἰτιολογία[6] » :

[1] Cic., *Pro Tullio*, 47. Nous citons les textes de Cicéron d'après l'édition Orelli, Baiter et Halm², Turici, 1845 et sqq.

[2] Cic., *Pro Tullio*, 48.

[3] Cic., *Pro Tullio*, 49-50.

[4] Cic., *Pro Tullio*, 50.

[5] Iulius Rufinianus, *De figuris sententiarum et elocutionis*, 8. (dans Halm, *Rhetores latini minores*, Lipsiae, 1863, p. 40; Cic., *Pro Tullio*, 50 (cf. Orelli, Baiter et Halm, II, 1, p. 101).

Venustum schema, ubi quasi alio interrogante nobis ipsis respondemus et rationem reddimus. Cicero Pro Tullio : « Si quis furem occiderit, iniuria occiderit. Quam ob rem ? Quia ius constitutum nullum est. Quid si se telo defenderit ? Non iniuria. Quid ita ? Quia constitutum est. »

La discussion des deux avocats se fonde, on le voit, sur les termes mêmes du précepte décemviral. Dans le commentaire où Cicéron les enveloppe, on retrouve quelques-uns d'entre eux : le fait n'est pas surprenant à une époque où les écoliers apprenaient les Douze Tables comme un catéchisme *(ut carmen necessarium*[1]). En écartant les amplifications et les explications dues à la verve prolixe de l'orateur, le résidu se réduit à quelques mots qu'il est sage de ne pas vouloir raccorder[2] :

Luci... si *(ou* nisi[3]) se telo defendit... endo *(ou* endoque[4]) plorato[5].

Le texte était-il rédigé comme une autorisation de tuer le voleur subordonnée à la condition « si se telo defendit », ou comme une défense de le tuer « nisi se telo defendit » ? Ce point reste obscur [6]: les deux avocats avaient intérêt à solliciter le texte dans leurs sens respectifs, et nous ne possédons que l'interprétation d'un seul d'entre eux. Toutefois, le débat n'aurait pu s'élever si les termes légaux n'y avaient prêté par leur ambiguïté. Peut-être le précepte affectait-il la même forme que la disposition sur le *fur nocturnus*: « Si im occisit, iure caesus esto »?

Cicéron s'est servi du même texte dans un plaidoyer postérieur[7].

[1] Cic., *De legib.*, II, 23, 59.

[2] Cependant Voigt et M. Nikolsky, qui se piquent de ne rien ignorer, ont proposé des restitutions que nous signalons à titre de curiosité. Voigt, I, pp. 715-716 (Tab. VII, 1) : Furem nancitor endoque plorato. Si nox furtum factum est, si im occisit, iure caesus esto; si luci, nisi se telo defendit, ne occidito. Nikolsky, p. 9 (Tab. VII, 1 et 2) : Si nox furtum faxit, nancitor endoque plorato. Si se telo defendit, si im occisit, iure caesus esto.

[3] Cf. Schoell, p. 145, n. 12.

[4] Si l'on suit Festus, V° *Sub vos placo* (Ed. M., p. 309; éd. Th., p. 344) : Sub vos placo, in precibus fere cum dicitur, significat id, quod supplicio, ut in legibus : transque dato, edendo (= et endo) que plorato.

[5] Schoell, *XII Tab.*, p. 145 (Tab. VIII, 13), suivi par Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes*[7], p. 31; Girard, *Textes*[8], p. 19; Riccobono, *Fontes*, p. 48.

[6] Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1885-1901, II, pp. 775, 4.

[7] Le *Pro Tullio* date au plus tard de 683 (= 71). Drumann, *Geschichte Roms in seinem Uebergange von der republikanischen zur monarchischen Verfassung*, V (1841), pp. 258 et sqq. Le *Pro Milone* date de 702 (= 52). Schanz, I, 2[3], p. 270.

mais en en renversant l'interprétation pour les besoins de sa cause : car il défendait cette fois le meurtrier, et non plus la victime. Il plaidait pour T. Annius Milo, coupable d'avoir fait tuer Clodius, son adversaire politique. L'accusé ne pouvant nier le fait, il ne restait à l'avocat qu'à soutenir la légitimité de son geste. Reprenant l'argumentation qu'il combattait dans le *Pro Tullio*, il montrait qu'il existait des cas où la loi autorisait le meurtre :

Quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus[1] ?

Ici, remarquons-le, Cicéron ne dit plus : « furem... luce occidi vetant XII Tabulae, nisi se telo defendit... » : il dit, bien au contraire : « furem... diurnum... si se telo defenderit, interfici impune voluerunt ». Le caractère tendancieux de ces interprétations successives ressort par le contraste. D'où la suspicion qui frappe les deux témoignages de notre orateur. La prudence veut qu'on n'en retienne que les quelques mots qui représentent le texte même des Douze Tables, et qu'on néglige les développements qui leur sont consacrés. La même attitude se recommande à plus forte raison pour les témoignages postérieurs qui reproduisent celui de Cicéron, avec quelques chances de déformation en plus : on reconnaît aisément en effet, à l'emploi de certaines expressions caractéristiques qui ne figuraient pas aux Douze Tables, que Cicéron a été la source exclusive par laquelle les rhéteurs, et même certains juristes frottés de rhétorique, ont connu les dispositions légales sur le vol nocturne.

Parmi les rhéteurs nous trouvons d'abord Sénèque (le père du philosophe), qui écrivit, entre les années 34 et 41 de notre ère[2], un recueil de *Controversiae* tout pénétré d'influences cicéroniennes[3].

Dans l'une d'elles (X, 6), dont nous n'avons par malheur que des extraits, le débat touchait à une question de vol. Le thème, bien propre à faire valoir l'ingénieuse subtilité des déclamateurs, retraçait

[1] Cic., *Pro Milone*, 3, 9. Cf. Diomedes, *Ars grammatica*, II, dans Keil, *Grammatici latini*, I (1857), p. 369, 33, et Julius Victor, c. 14, dans Halm, *Rhetores latini minores*, Lipsiae, 1863, p. 420.

[2] Schanz, II, 1², p. 295.

[3] Sen., *Controv.*, I, praef., 11; X, praef., 6.

l'histoire d'un citoyen qui, pour se procurer les preuves qui lui manquaient dans une accusation de trahison, n'avait pas hésité à cambrioler la maison de l'accusé. Il avait pu ainsi produire contre celui-ci des lettres compromettantes, et le faire condamner. Mais, ayant voulu plus tard prendre la parole à l'Assemblée du peuple, il s'en était vu empêché par le magistrat, comme coupable d'indélicatesse. Il agissait contre le magistrat, se prétendant injurié. La controverse roulait sur le point de savoir si l'on pouvait admettre cette action d'injures. Sénèque reproduisait successivement, selon son habitude, les arguments qu'on alléguait de part et d'autre. C'est le plaidoyer du magistrat qui tirait parti de la disposition sur le vol nocturne. « La loi qui ordonne de tuer dans tous les cas le voleur de nuit parle, remarque le déclamateur, non seulement du voleur condamné, mais de tout voleur. Elle hait ce crime, et elle a raison : il touche à la trahison » :

Lex, quae nocturnum furem occidi quoquo modo iubet, non de damnato tantum, sed de fure loquitur; odit hoc vitium nec immerito : non multum abest a proditore[1].

Ce passage se rattache très probablement au *Pro Milone*. Nous en trouvons la preuve dans une expression caractéristique (*quoquo modo*) qui ne figurait pas dans le texte légal[2], et qu'employait Cicéron pour préciser l'opposition qui existe entre les conditions de la répression chez le *fur diurnus* et chez le *fur nocturnus* ; le *fur diurnus* encourait la mort s'il se défendait avec une arme; le *fur nocturnus* l'encourait dans tous les cas (*quoquo modo*), c'est-à-dire même s'il n'avait pas d'armes et ne se défendait pas[3]. Les *Excerpta* de Sénèque, découpés assez maladroitement, ont laissé subsister ici *quoquo modo*, bien que l'autre terme de l'opposition manque : ce qui explique pourquoi le sens de ces mots échappe trop souvent aux lecteurs du passage[4]. D'une façon générale, ces mots, qui ont eu

[1] Sen., *Controv.*, X, 6, 4 (Excerpta). Nous avons suivi l'édition Mueller, 1887, et utilisé la traduction H. Bornecque (Sénèque, *Controverses et Suasoires* s. d., Paris, II, p. 281).

[2] Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 568-569.

[3] Cf. *Pro Milone*, 3, 9 : Si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderet, interfici impune voluerunt.

[4] Ainsi M. H. Bornecque traduit ici : La loi qui ordonne de tuer par n'importe quel moyen un voleur de nuit... : traduction évidemment erronée si l'on rapproche du texte de Sénèque le texte correspondant du *Pro Milone*.

une singulière fortune chez les auteurs postérieurs, peuvent nous servir comme d'une pierre de touche pour vérifier la source d'où proviennent certains fragments.

Nous les retrouvons chez Quintilien, dans un passage très visiblement tiré du *Pro Milone*[1] (*Instit. Orat.*, V, 14, 18) :

Et a ratione fas est incipere, deinde concludere, ut ibidem : Quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet ?

Nous retrouvons les mots *quoquo modo* chez l'auteur de la *Collatio Mosaïcarum et romanarum legum*, qui, on le sait, n'était point un jurisconsulte[2]. Il reproduit presque littéralement le témoignage du *Pro Milone* (*Collatio*, VII, 1, 1) :

Quod si duodecim Tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se au*deat* telo defendere, interfici iubent : scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit...

Vient ensuite une scholie du IVe siècle, écrite pour expliquer notre passage du *Pro Milone*, mais qui relève la contradiction existant entre ce passage et le passage correspondant du *Pro Tullio*[3] :

Βαίω; auctoritatem XII Tabularum ad defendendam confessionem Milonis trahit : quae grassatoris interficiendi potestatem faciunt per diem si armatus veniat, noctu vero quoquo modo venerit. (Ἔνστασις) huic argumentatio est in illa oratione, quae *Pro M. Tullio* inscribitur. Ibi quippe quoniam aliud praesentis negotii condicio poscebat, ipsas quoque XII Tabulas adseveravit excubare pro hominum salute, quae hanc interimendi potestatem non facile permiserint.

Enfin, c'est encore au *Pro Milone* que se rattache le témoignage de saint Augustin (*Quaest. in Heptat.*, II, 84) :

Hoc et in legibus antiquis secularibus... invenitur impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit.

[1] Emlein, *De locis quos ex Ciceronis orationibus in Institutiones Oratoriae Quintiliani duodecim libris laudavit Quintilianus* (Diss. Heidelberg), Karlsruhe, 1907, p. 88. Sur les emprunts de Quintilien à Cicéron, voir, en général, outre la thèse précitée d'Emlein, le résumé de Schanz, II, 2, 1911, pp. 336-356.

[2] Girard, *Textes*[6], p. 569.

[3] *Scholia in Ciceronis orationes Bobiensia* (Ciceronis Opera, ed. Orelli et Baiter, V, 2, Turici, 1833), ad *Orat. pro Milone*, III, 6, p. 278.

Comme on le voit, les allusions au *Pro Tullio* sont tout à fait sporadiques. C'est par le *Pro Milone* à peu près exclusivement que les rhéteurs connaissent le précepte des Douze Tables.

Nous avons ainsi constitué un premier groupe de témoignages qui se rattachent au texte des Douze Tables par l'intermédiaire de Cicéron. Nous pouvons reconnaître de même deux autres groupes qui procèdent, l'un de grammairiens, le second de jurisconsultes anciens.

La tradition grammaticale a pour représentants :

Festus (V° *Sub vos placo*, éd. M., p. 309; éd. Th., p. 444) :

Sub vos placo in precibus fere cum dicitur, significat id, quod supplicio[1], ut in legibus : transque dato, edendo[2] que plorato.

Paul Diacre (V° *Endoplorato*, éd. M., p. 77 ; éd. Th., p. 54) :

Endoplorato implorato, quod est cum questione inclamare : implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis.

Excerpta ex libro glossarum (Gloss. Mai.[3]*)* :

Endoplorato implorato.

Glossae latino-graecae (Gloss. Labb.[4]*)* :

Endoplorato ἐπικάλεσον[5].

Les trois premiers témoignages au moins, sinon le quatrième, dont on ne peut guère déterminer l'origine, ont leur source commune dans le *De Verborum significatu* de Verrius Flaccus, que Festus a abrégé. Mais Verrius Flaccus avait-il directement interprété le texte des Douze Tables, ou avait-il utilisé, comme à son ordinaire, des matériaux déjà mis en œuvre, soit par M. Terentius Varro, soit même par L. Aelius Stilo Praeconinus ? La seconde hypothèse paraît plus vraisemblable. La glose *endoplorato implorato* est un *Varronianum* ou un *Aelianum*[6].

[1] Que l'on corrige en *supplico*.

[2] Que l'on corrige en *et endoque plorato*.

[3] Goetz, *Corpus glossariorum latinorum*, V, 1894, p. 193, 26.

[4] Goetz, *op. cit.*, II, 1888, p. 61, 39.

[5] Sur les rapports de filiation entre ces gloses et le témoignage de Festus, voy. Goetz, *Ad legem XII Tabularum adnotationes glossematicae*, Index Iéna, 1889, p. V. Cf. *supra*, p. 23.

[6] Elle peut remonter à L. Ælius Stilo si elle a la même origine que la glose *Transque dato* (Ed. M., p. 309; éd. Th., p. 444) : car celle-ci doit être d'Ælius. En ce sens Kriegshammer, *De Varronis et Verri fontibus quaestiones selectae*, Lipsiae, 1903, p. 76.

La tradition juridique sur la même matière rapproche ordinairement l'un de l'autre le *fur diurnus qui telo se defendit* et le *fur nocturnus*. Cette tradition commence avec Aulu-Gelle. Dans ses *Nuits Attiques* (XI, 18, 6), cet auteur fournit l'information suivante :

Furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt (*sc.* decemviri), si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet.

On s'accorde à reconnaître[1] qu'Aulu-Gelle a emprunté ce renseignement, ainsi que ceux qu'il a réunis dans la première moitié (n°s 1 à 15) du même chapitre, au traité *De furtis* de Masurius Sabinus, qu'il cite un peu plus loin.

C'est probablement de la même source que provient, médiatement ou immédiatement, l'information parallèle de Gaius. Gaius appartenait à l'école sabinienne.

Gaius (*lib. VII ad edictum provinciale*) :

Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur : interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aeque cum clamore testificetur[2].

Ce texte nous fournit une donnée imprévue : il subordonne la mise à mort du *fur nocturnus*, comme celle du *fur diurnus*, à certains cris destinés à entourer l'exécution d'une sorte de publicité. Tous les autres textes que nous possédons n'exigent ces cris que pour la mise à mort du *fur diurnus qui telo se defendit*[3]. Y a-t-il là une méprise de Gaius ou de sa source ? ou bien une retouche due aux compilateurs de Justinien ? à moins qu'il existât réellement deux cas distincts d'*endoploratio*, pour les deux cas de *furtum* qualifié ? Il est bien difficile de se prononcer catégoriquement. On peut admettre, comme l'a fait, par exemple, J. Godefroy[4], que les

[1] En ce sens, Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius* (*Hinterlassene Schriften*, éd. F. D. Sandi), Leipzig, I (1871), p. 43 et sqq. ; Rudorff, *op. cit.*, p. 68 ; Nettleship, *op. cit.*, p. 268 ; Hosius, *Praef.*, I, p. XLIV. *Infra*, c. XVI, § 1.

[2] *Dig.*, 9, 2, fr. 4, 1.

[3] Ferrini, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, p. 175.

[4] J. Gothofr., *Probat.*, p. 84 (dans Otto, *Thesaurus*, t. III). Dans le même sens, Riccobono, *Fontes*, p. 47. Voy. la discussion dans Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 567-568.

mots « ut tamen id ipsum cum clamore testificetur » proviennent d'une interpolation : cette interpolation admise, le témoignage de Gaius concorde exactement avec celui d'Aulu-Gelle[1]. On remarquera toutefois, en sens contraire, que Festus semble avoir commenté à deux places l'expression *endoplorato*, une fois en cette forme même, et une autre fois en y intercalant l'enclitique *que;* cela permettrait, à la rigueur, de supposer qu'*endoplorato* figurait dans deux préceptes des Douze Tables.

Un autre passage de Gaius, extrait également de son commentaire sur l'*Edictum provinciale* (lib. XIII), et conçu presque dans les mêmes termes, procède de la même source :

Furem interdiu deprehensum non aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat[2].

Suit une interprétation du mot *telum* qui n'a pas nécessairement la même origine :

Teli autem appellatione et ferrum et fustis et lapis et denique omne, quod nocendi causa habetur, significatur.

Gaius donne une interprétation analogue, mais beaucoup plus développée[3], dans sa monographie sur les Douze Tables (lib. I) :

Telum volgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur ; sed non minus omne significatur, quod mittitur manu : ita sequitur, ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur : dictumque ab eo, quod in longinquum mittitur, Graeca voce figuratum ἀπὸ τοῦ τηλοῦ. Et hanc significationem invenire possumus et in Graeco nomine : nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon[4], nam ita scribit : καὶ τὰ βέλη ὁμόσε ἐφέρετο, λόγχαι τοξεύματα σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Et id, quod ab arcu mittitur, apud Graecos quidem proprio

[1] *Aulu-Gelle (Mas. Sabinus).*

XII viri furem qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut cum faceret furtum nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet.

Gaius.

Lex XII tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit. . . . . Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 55 (54), 2.

[3] Reproduite dans les *Institutes* de Justinien, IV, 18, 5.

[4] Xen., *Anab.*, V, 2, 14.

nomine τόξευμα vocatur, apud nos autem communi nomine telum appellatur[1].

Cette longue dissertation philologique ne peut guère avoir Gaius pour auteur. Mais l'a-t-il empruntée à un ancien commentaire des Douze Tables, par exemple à celui de Labéon[2], ou bien, plutôt, l'a-t-il prise chez Mas. Sabinus ? On sait que Sabinus — poète, au dire d'Athénée — faisait volontiers étalage de sa connaissance de la littérature grecque[3] ; c'est lui qui citait Homère à l'appui de son système sur l'échange[4] ; et Gaius lui a précisement emprunté cette citation[5]. C'est peut-être lui aussi qui citait Ennius comme garant de l'emploi ancien des mots *in iure manum conserere*[6]. L'*interpretatio* du mot *telum* pourrait provenir de Sabinus, qui aurait utilisé lui-même quelques données empruntées à des grammairiens plus anciens. Cette dernière conjecture s'autorise de la ressemblance qu'on peut relever entre un passage du texte de Gaius (Telum... omne significatur, quod mittitur manu : ita sequitur, ut et lapis... hoc nomine contineatur) et une glose recueillie par Nonius Marcellus :

Tela etiam lapides dici posse auctoritas docuit et omnia quaeque iaciuntur. Sisenna Hist. lib. III : « manualis lapides dispertit, propterea quod is ager omnis eiusmodi telis indigebat[7]. »

De qui peut être cette glose ? La citation de Sisenna, et la connaissance que nous avons des sources ordinairement suivies par Nonius, pourraient faire penser à un *Varronianum*[8].

[1] *Dig.*, 50, 16, fr. 233, 2. Lenel, *Palingenesia*, I, p. 243, n. 495. Pour la restitution du texte, gâté dans la *Florentine* par un lapsus du scribe, voy. l'apparat critique de l'édition Mommsen.

[2] Cf. Labéon cité par Ulpian, *L. I. ad Edictum*, *Dig.*, 29, 5, fr. 1, 17 : Saxo vel fuste vel lapide percussum, vel quo alio telo necatum.

[3] Athen., I, p. 1 c, et XIV, p. 623 e. Voy. notamment Bremer, *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II, 1, 1898, p. 315, pp. 407-408.

[4] *Dig.*, 18, 1, fr. 1, 1. Sabinus Homero teste utitur.

[5] Gaius, *Inst.*, III, 141.

[6] Le chapitre XX, 10 des *Nuits Attiques*, qui cite un passage d'Ennius à l'appui de l'expression *in iure manum conserere*, paraît, en effet, emprunté à Sabinus. Bremer, II, 1, p. 549; Hosius, I, p. LVII.

[7] Nonius Marcellus, *De compendiosa doctrina*, éd. Mercier, p. 148 (éd. Lindsay), III, p. 720.

[8] Sur les rapports de Varron avec Sisenna, voy. Reifferscheid, *M. Terentius Varro und Johannes Mauropus von Euchaita*, Leipzig, 1901, p. 62.

Vient ensuite, dans l'ordre chronologique, un passage des *Sentences* de Paul, qui nous est rapporté à la fois par la *Collatio mosaïcarum et romanarum legum* sous le titre *De furibus et de pœna eorum*[1], et par la loi des Wisigoths sous la rubrique *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*[2] :

Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus obtulerit.

Ce texte sert à préciser l'application de la loi *Cornelia* sur le meurtre. Il montre que, bien qu'on tolérât encore au temps de Paul la mise à mort par le volé du *fur nocturnus* et du *fur diurnus qui telo se defendit*, on préférait nettement la répression publique à cette répression privée. Il y aurait témérité à vouloir rattacher la proposition « si quis furem... occiderit » à une source nommément désignée. Mais il y a des chances pour que le témoignage de Paul, assez voisin ici, comme d'ordinaire, de celui de Gaius, soit fondé sur la tradition sabinienne.

La même conclusion s'impose pour deux fragments d'Ulpien. L'un provient du livre XVIII de son commentaire de l'Edit[3] :

Si (occiderit) furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo[4] permittit occidere, aut diurnum, quem aeque lex permittit, sed ita demum si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num haec lex non[5] sit in usu. Et si quis noctu[6] furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur : sin autem, cum posset adprehendere, maluit occi-

[1] *Collatio*, VII, 2, 1.

[2] Paul., *Sent.*, V, 23, 9. Cf. V, 23, 7 : Teli autem appellatione non tantum ferrum continetur, sed omne quod nocendi causa portatum est (*Interpretatio* qui, à vrai dire, est écrite, non pour expliquer le précepte sur le *fur diurnus qui telo se defendit*, mais pour expliquer les termes mêmes de la loi *Cornelia*. Cf. Paul., *Sent.*, V, 23, 1 : Lex Cornelia pœnam deportationis infligit ei qui hominem occiderit eiusve rei causa furtive faciendi cum telo fuerit, ...).

[3] Ulpian., *l. VIII ad edict. (sub titulo si quadrupes pauperiem dederit*, *Collatio*, VII, 3, 2-3. L'indication du livre donnée par la *Collatio* est visiblement erronée. Lenel, *Palingenesia*, II, c. 522, n° 613.

[4] Remarquons le mot *omnimodo*, dont Ulpien se sert pour rendre la même idée que la tradition Cicéronienne rendait par *quoquo modo* (*Supra*, p. 29).

[5] Huschke efface *non*.

[6] Mr Lenel, *Paling.*, II, c. 522, n. 7, se demande s'il ne faudrait pas substituer aux mots *quis noctu* les mots *metu quis mortis*.

dere, magis est ut iniuria fecisse videatur : ergo etiam lege Cornelia tenebitur[1].

L'autre fragment provient du livre XXXVII du même ouvrage[2] :

Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.

Pour le premier texte, on ne peut guère douter qu'Ulpien suive immédiatement Pomponius, puisqu'il lui emprunte, en le citant, les éléments de la discussion qu'il rapporte sur l'application à notre cas de la loi *Aquilia*. Cette constatation nous ramène encore à la tradition historique de Sabinus qu'a largement utilisée Pomponius, adhérent lui-même de l'école sabinienne[3]. On peut même soupçonner Pomponius d'être l'un des auteurs intermédiaires par lesquels la tradition s'est transmise de Sabinus à Gaius et à Paul.

Quant au second texte, on a parfois admis qu'il avait été écrit pour commenter et expliquer le précepte même des Douze Tables[4] : celles-ci n'auraient donc toléré la mise à mort du voleur que si le volé se trouvait en état de légitime défense. Cette façon de voir cadre mal avec le témoignage précédemment cité de Paul[5], qui admet encore sans restriction l'exécution privée du *fur nocturnus*, et se contente de conseiller au volé de recourir plutôt à la justice publique. Le système restrictif proposé par Ulpien se rattache donc bien plutôt à une tendance récente[6] qui traduit les répugnances déjà manifestées par Paul, mais en les accentuant[7]. Rien ne prouve

[1] La dernière partie du texte est reproduite au *Digeste*, 9, 2, fr. 5 pr., avec des modifications relevées par Ferrini, *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 176, voy. aussi Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 81.

[2] *Dig.*, 48, 8, fr. 9.

[3] Ashur, *Gaius noster*, *Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, V (1866), pp. 85 to 3. G. Krueger, *Quellen*², p. 190, 1, et Fitting, *Alter und Folge*², pp. 34-35, qui contestent, mais sans raison décisive, le rattachement de Pomponius à l'école sabinienne.

[4] Lenel, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, trad. Peltier, 1901-1903, II, p. 51, 2 : *Das Edictum perpetuum*², 1907, p. 518, n. 11.

[5] *Supra*, p. 36.

[6] En ce sens, Cujas, *Observat.*, XIV, 15 ; Dirksen, *XII Tafeln*, p. 326, n. 631, Ferrini, *op. cit.*, p. 176 ; Heizo, *Beiträge zur Lehre vom Furtum*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXIII (1902), R. A., pp. 320-321, Rudorff, *Fundrs*, p. 45, n. 8. Notons que la loi Cornelia *de sicariis et veneficiis* dans son chapitre 1 punissait déjà comme meurtre le seul fait de circuler en armes *hominis necandi faciendi causa* (Ulpian., *Coll.* 1, 5, 1 ; Paul., *Sent.*, 5, 23, 1.

[7] Faut-il cependant, aller aussi loin que Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 776, 2, pour qui les mots *ita demum... si parcere ei sine periculo suo non potuit* seul inter-

qu'Ulpien ait connu directement le texte des Douze Tables ; rien ne prouve qu'il ait utilisé ici autre chose que des explications et des commentaires provenant d'auteurs du début de l'empire (tels que Labéon et Sabinus) ; rien ne prouve même qu'il les ait utilisés de première main, plutôt que par l'intermédiaire d'auteurs plus récents, et notamment de Pomponius[1].

Encore moins devons-nous trouver de sources nouvelles sur la matière en arrivant aux témoignages du Bas-Empire.

Nous ignorons s'il faut rapporter à l'une des dispositions des Douze Tables contre le *fur nocturnus* ou le *fur diurnus qui telo se defendit* le témoignage que nous rencontrons à ce sujet dans le livre Syro-Romain (ve siècle de notre ère[2]), dont le paragraphe 77 est ainsi conçu[3] :

An omnis vir fur reus mortis sit? fures noctis, præsertim ii qui armati sunt, rei mortis sunt ; si autem fures diei sunt, in multa castigantur.

Ferrini a supposé[4] que les deux dispositions des Douze Tables sur le voleur qui « nox furtum fecit » et sur celui qui « luci se telo defendit » se trouvaient ici confondues et interverties. On sait, en

polés? Ulpien aurait écrit : *Furem nocturnum si quis occiderit, impune feret.* Les termes du fragment ne fournissent, semble-t-il, pas grand critérium externe d'interpolation. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 81.

[1] Sur la question de savoir dans quelle mesure Ulpien a connu directement les écrits des jurisconsultes anciens, voy. dans des sens opposés, d'une part Pernice, *Ulpian als Schriftsteller (Sitzungsberichte der Berliner Akademie*, 1885), et d'autre part Joers, v° *Domitius Ulpianus*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, IX (1903), pp. 1475 et sqq. ; Fitting, *Alter und Folge*², pp. 108 et sqq. Quelle que soit la conclusion générale qu'on adopte, le rôle de Pomponius se trouve affirmé, en ce qui concerne les règles sur le *fur nocturnus* et le *fur diurnus qui telo se defendit*, par le texte cité plus haut (*Coll.*, VII, 3, 2-3).

[2] *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert, aus den orientalischen Quellen herausgegeben*, éd. K. G. Bruns et E. Sachau, Leipzig, 1880. Adde Sachau, *Syrische Rechtsbücher*, Berlin, I-II, 1907-1908. Sur ce recueil, voy. en dernier lieu Ferrini, *Beiträge zur Kenntniss des sogenannten römisch-syrischen Rechtsbuches. Zeitschr. d. Savigny Stiftung*, XXIII (1902), R. A., p. 101-143 ; Mitteis, *Ueber drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs. Abhandlungen der kön. preussischen Akademie der Wissenschaften*, 1905, pp. 1 et sqq ; Costa, *Storia delle fonti del diritto romano*, Milano, 1909, pp. 120-121.

[3] Bruns-Sachau, L., 77 ; Ar., 119 ; Arm., 117. Nous citons d'après la traduction donnée par Ferrini dans les *Fontes iuris romani anteiustiniani* (éd. Riccobono, Baviera et Ferrini), II, p. 658.

[4] Ferrini, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXIII (1902), R. A., p. 106.

effet, d'une façon générale, que les premières parties du Livre syro-romain contiennent plus d'une allusion au très ancien droit[1]. Mais nous pourrions aussi avoir, dans le paragraphe 77 de cette compilation, un précepte d'une coutume locale. Car la distinction du vol de nuit et du vol de jour, et la mise à mort du voleur de nuit n'ont rien de spécial au droit romain ; on en retrouve l'équivalent dans beaucoup de coutumes primitives[2] ; le droit grec, notamment, connaissait aussi l'exécution sommaire du voleur de nuit à la suite d'une ἀπαγωγή[3], tandis qu'il ne donnait (à moins de circonstances aggravantes spéciales) qu'une action au double contre le voleur de jour[4]. Notre texte est plus voisin, sans doute, du droit grec classique que de l'ancien droit romain.

Une difficulté du même genre apparait dans un passage de l'*Hexabiblos* de Constantin Harmenopule (rédigé vers 1345). Ce passage se trouve au titre *du vol, de l'abigeat, des violateurs de sépultures et des sacrilèges*[5]. Harmenopule, après avoir traité des peines du vol diurne, qui sont pour lui des peines exclusivement pécuniaires, passe au vol nocturne. Le vol nocturne commis hors de la ville, dit-il, expose son auteur, même si c'est un soldat, à une mise à mort immédiate. Commis en ville, il n'entraine la mort que si le voleur est armé. On appelle *arme* (ἀκόντιον) tout ce qui est susceptible de faire du mal (πάντα τὰ βλάπτοντα). Dans tous les cas il faut donner par des cris d'appel une certaine publicité à l'exécution, et cette exécution privée n'est tolérée qu'autant que le volé n'a pu épargner le voleur sans craindre pour sa vie.

Τὸν νυκτερινὸν κλέπτην τὸν ἔξω τῆς πόλεως ἔξεστι φονεύειν κἂν στρατιώτης ἐστί· τὸν δὲ ἐν πόλεσιν οὐκ ἔξεστι φονεύειν, εἰ μὴ ἀκόντιον ἐπιφέρεται. Πάντα δὲ τὰ βλάπτοντα ἀκόντια λέγεται. Ἐπὶ ἑκατέρου δὲ δεῖ τοῦτο μετὰ κραυγῆς διαμαρτύρασθαι. Ἐὰν τὸν ἐν νυκτὶ κλέπτοντα φονεύσῃ τις, τότε ἀπιμώρητος μένει, ὅτε μὴ ἠδύνατο ἄνευ κινδύνου ἰδίου φείσασθαι αὐτοῦ.

[1] Ferrini, *l. c.*, p. 103, suivi par Mitteis, *Ueber drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs* (*Abhandl. der kön. Preuss. Akad. der Wissenschaften*, 1905), p. 23.

[2] Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, II, 1896, p. 434, p. 437.

[3] Demosth., *C. Timokr.*, p. 736 : Εἰ δὲ τις νύκτωρ [illegible] κλέπτοντα [illegible] τοῦτον ἐξεῖναι αὐτὸν ἀποκτεῖναι, καὶ τοῦτον δικαίως καὶ ἀπαγωγὴν τοῦ, [illegible], εἰ [illegible].

[4] Voy. *infra*, ch. IV, § 3.

[5] *Constantini Harmenopuli Manuale legum sive Hexabiblos*, éd. Heimbach, Lipsiae, 1851, VI, 5, 3 et 4, p. 747.

A côté de dispositions nouvelles, qui représentent l'apport propre du droit byzantin en la matière, nous retrouvons dans ce texte des dispositions empruntées aux sources que nous connaissons. Harménopule semble avoir pris à Gaius (*Dig.*, 9, 2, fr. 4, 1) le précepte qui subordonne l'exécution du voleur nocturne à certains cris poussés par le volé[1], peut-être aussi sa définition large du mot ἀκόντιον; il a pris à Ulpien (*Dig.*, 48, 8, fr. 9) l'injonction de ne tuer le voleur qu'en cas de légitime défense. Il transcrit même mot pour mot le témoignage de ce dernier auteur. Mais, comme le compilateur du Livre syro-romain, il confond en une seule les deux dispositions relatives au voleur de jour et au voleur de nuit. Il ajoute, enfin, aux éléments par lui recueillis une distinction entre le vol commis dans la ville et le vol commis hors de la ville, que nous n'avons rencontrée nulle part.

En résumé, sur la répression du vol qualifié d'après les Douze Tables, il existe une triple tradition : celle des rhétoriciens, avec Cicéron pour chef de file; celle des grammairiens, qui remonte peut-être, par Verrius Flaccus, jusqu'à Varron ou jusqu'à Ælius Stilo, et celle des juristes, qui remonte jusqu'à Masurius Sabinus.

4

Les Douze Tables contenaient certaines dispositions sur la *quaestio lance licioque*. On nomme ainsi un rite d'investigation, comportant un matériel (*lanx :* plat) et un costume (*licium :* sorte de caleçon) spéciaux. L'homme que le rite désigne comme détenteur de la chose est, dit-on, voleur flagrant (*fur manifestus*). Nous possédons sur cette matière deux traditions : une tradition grammaticale transmise par Festus ; une tradition juridique transmise notamment par Aulu-Gelle, Gaius et Paul.

Du témoignage de Festus, il ne nous reste que l'abrégé de Paul Diacre, aux mots *Lance et licio*[2] :

Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam.

Nous remontons par là au moins jusqu'à Verrius Flaccus, peut-être même jusqu'à Varron ou jusqu'à L. Ælius Stilo.

[1] *Supra*, p. 33.
[2] Festus, éd. M., p. 117; éd. Th., p. 83.

Quant à la tradition juridique, telle que la rapportent deux auteurs du IIe siècle[1], Aulu-Gelle et Gaius, elle paraît prendre sa source chez Masurius Sabinus. Mais, comme cette tradition semble avoir subi, au moins chez Gaius, certaines déformations, nous devons la soumettre à une critique attentive et, à cet effet, rapporter ici non seulement les passages qui touchent à la *quaestio*, mais encore ceux qui touchent aux actions *furti prohibiti*, *furti concepti* et *oblati*, postérieures cependant, selon toute vraisemblance, aux Douze Tables.

Aulu-Gelle s'occupait de cet ensemble de matières à deux places :

1° Dans le chapitre XVIII de son livre XI :

9. Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt (decemviri).

10. Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est...

12. Furti concepti, item oblati, tripli poena est.

Il est établi aujourd'hui que les quinze premiers numéros (au moins) de ce chapitre ont été empruntés à Masurius Sabinus[2].

2° Dans le chapitre X de son livre XVI :

8. Cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades et viginti quinque asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint, omnisque illa duodecim tabularum antiquitas... lege Ebutia lata consopita sit...

Ces mots figurent dans un contexte où se trouvent réunies et interprétées plusieurs expressions techniques de la langue juridique (notamment le mot *proletarius*, à propos duquel Aulu-Gelle cite quelques vers d'Ennius). Le tout ne peut provenir, Hosius l'a établi[3], de Verrius Flaccus, et vient bien plutôt de quelque jurisconsulte. Hosius songe soit à Labéon, soit à Mas. Sabinus. Mais, avec Bremer[4], il penche plutôt pour ce dernier. Non sans vraisemblance : le chapitre tout entier rappelle la manière de Sabinus, avec

[1] Gaius écrivant les derniers livres de ses *Institutes* après la mort d'Antonin le Pieux (161). Fitting, *Alter und Folge*², pp. 56-57. Aulu-Gelle achevait ses *Nuits Attiques* vers l'an 169. Schanz, III², p. 188.

[2] Hosius, I, p. XLIX, *Infra*, c. XVI, § 1.

[3] Hosius, I, p. 11.

[4] Sur tous ces points, voy. Hosius, pp. 11-18.

la prédilection qu'il marque pour les arguments d'autorité[1] et pour les citations littéraires[2].

Gaius nous fournit sur les mêmes matières les témoignages suivants *(Institutes*, liv. III, 186 et sqq.) :

186. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti[3].

187. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit; utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur; nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati[4].

188. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit[5].

191. Concepti et oblati pœna ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.

192. Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta; lex autem eo nomine nullam pœnam constituit : hoc solum praecipit ut qui quaerere velit nudus quaerat, licio[6] cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

[1] Nous essaierons de montrer plus loin que Mas. Sabinus appartenait, comme philologue, à l'école des anomalistes, qui attribuait un poids particulier à l'*auctoritas*.

[2] *Supra*, p. 35. Peut-être l'allusion au *ius Faunorum et Aboriginum* serait-elle également à sa place sous la plume d'un auteur qui a écrit des *commentarii de indigenis* (Gell., IV, 9, 8), quel que soit d'ailleurs le sens qu'on attribue à ce dernier mot (Cf. Bremer, II, 1, pp. 364-366). Les *Aborigines* rentrent certainement parmi les *indigenae* : « Fuit enim gens antiquissima Italiae », dit Paul. Diacre (éd. M., p. 19; éd. Th., p. 14). Il en est de même sans doute des *Fauni* (Cf. Varro, *L. L.*, VII, 36, éd. Gœtz et Schœll, p. 103, et Servius sur Verg., *Georg.*, I, 11).

[3] *Epitome Gai*, II, 10, 2 : Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem alterum res furata invenitur.

[4] Cf. *Epitome Gai*, II, 10, 2 : Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva alicui ita a fure datur, ut apud ipsum furem inveniri non possit.

[5] Les paragraphes 186-188 de Gaius ont passé sans changement notable dans les *Institutes* de Justinien, IV, 1, 4. Voy. aussi la *Paraphrase* attribuée à Théophile, IV, 1, 4 (Ed. Ferrini, p. 384).

[6] Sur la leçon *linteo* donnée par le manuscrit de Vérone, voy. Van der Hœven, *Tentamina critica in Gaium*, *Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, VII (1868), p. 258, et, en sens contraire, Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 778.

194. Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet...

A ces passages, joignons en un autre tiré du livre IV :

173. Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli.

Le texte de Gaius porte à plusieurs places la marque de reprises et d'additions par lesquelles se trahit l'utilisation de deux ou plusieurs sources plus ou moins habilement réunies. Nous chercherons en effet à démontrer plus loin, en étudiant dans leur ensemble les développements consacrés par Gaius au *furtum*, qu'ils renferment un commentaire critique juxtaposé à un texte plus ancien. Ce commentaire critique comprend notamment les mots que nous avons soulignés (aux paragraphes 186 et 187). Quant à la partie plus ancienne du texte, elle offre, avec le témoignage de Sabinus qu'a suivi Aulu-Gelle, des analogies qui ne peuvent guère être fortuites. Sur un point, il y a même coïncidence complète :

Gellius, XI, 18, 11.	Gaius, III, 191.
Furti concepti item oblati	Concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum
tripli pœna est.	tripli est.

Les deux passages sont identiques, avec la seule différence qui résulte de la mention, chez Gaius, de la loi des Douze Tables. On peut penser qu'ici encore Gaius a utilisé, médiatement ou immédiatement, Mas. Sabinus, sans qu'on puisse toujours discerner ce qui vient de cet auteur et ce qui vient d'autres sources. Sans doute, faut-il attribuer à Sabinus les définitions du *furtum conceptum* et du *furtum oblatum*. Nous savons en effet par Aulu-Gelle[1] que Sabinus formulait ces définitions :

Sed quod sit oblatum, quod conceptum et pleraque alia. . qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est *De Furtis*.

Enfin, la source suivie par Gaius renferme elle-même une citation presque textuelle de la disposition des Douze Tables sur la matière. On la dégage facilement, à peine déformée qu'elle est par sa trans-

[1] Gell., *N. A.*, XI, 18, 12.

position au style indirect. Pour la restituer, il importe de remarquer que, toutes les fois que les auteurs latins rapportent des préceptes des Douze Tables transposés au style indirect dans une phrase commençant par les mots : *Lex iubet... Decemviri iubent... Lex praecipit...* suivis d'un verbe à l'infinitif, il suffit, pour rétablir le texte original, de substituer à cet infinitif l'impératif correspondant. Ainsi les mots *lex iubet esse* se transposent en *esto.* Cette méthode se justifie par la comparaison des citations littérales que nous possédons de certains préceptes avec les citations correspondantes faites en forme indirecte[1]. Elle donne ici le résultat suivant :

Qui *(ou :* si) quaerere velit *(ou :* volet), nudus quaerito licio cinctus, lancem habens. Si concapit, furtum manifestum esto[2].

Les mots *si concapit* appellent une explication. Evidemment les mots *qui si quid invenerit* représentent un rajeunissement du précepte ancien : on ne trouve pas *si* joint à *qui* ou à *quis* dans les fragments authentiques des Douze Tables[3]; et l'indication du

[1] Exemples = I. Gell., XVI, 10, 5: Adsiduo vindex adsiduus esto; Cic., *Top.*, II, 10 : Cum... lex adsiduo vindicem adsiduum esse iubeat. II. Fest., éd. M., p. 273, éd. Th., p. 372 : Quid horum fuit (vitium) iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto; Ulpian., *l° LXXIV ad ed., Dig.*, II, 11, fr. 2, 3 : Lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum. III. Festus, éd. M., p. 371; éd. Th., p. 564 : qua volet iumentum agito; Cic., *Pro Caec.*, 19, 54 : si via sit immunita, iubet (lex) qua velit agere iumentum. IV. Gell., XV, 13, 11 : inprobus intestabilisque esto; *Inst.*, II, 10, 6 : Is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse. V. Macr., *Sat.*, I, 4, 19 et Senec., *Contr.*, 10, *c. ult.*. *Supra*, pp. 22 et 30; etc. Cf. l'équivalence signalée par Gaius, II, 17, des deux formes d'institution d'héritier : Titius heres esto et : Titium heredem esse iubeo. On pourrait utiliser cette observation pour la restitution d'autres préceptes des XII Tables cités en forme indirecte. Notons de même que la forme narrative *lex vetat facere* suppose un texte législatif *ne facito.* Cf. p. ex. : Cic., *De leg.*, III, 4, 11 : Privilegia ne inroganto et Cic., *De domo* 17, 43. Vetant XII Tabulae leges privatis hominibus inrogari : id est enim privilegium.

[2] Cf. les restitutions de Nikolsky (Tab. VII, 5) : « Si quaerere volet, cum lance licioque nudus quaerito. Si concapit, furtum manifestum esto », et de Voigt (Tab. VII, 6) : « Qui prohibitus furtum quaerere velit, nudus quaerito, licio cinctus, lancem habens. Si concapsit, furtum manifestum esto ». Les deux restitutions ont adopté la leçon que nous croyons exacte *(furtum manifestum esto)*, tandis que toutes les restitutions anciennes (Voy. l'énumération dans Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 583-584. *Adde* Gulli, dans *Archivio giuridico*, 33 (1884), p. 127, 16), fondées sur des idées préconçues, proposaient des formules telles que *furta... sicut manifesta vindicantor, mulctantor, puniuntor*, etc.

[3] Schoell, *XII Tabulae*, p. 75.

régime *(quid)* s'accorde mal avec la brièveté ordinaire de la langue des décemvirs[1]. D'autre part, Gaius lui-même[2] nous apprend que *concipere* (= *concapere*) était le terme technique employé pour désigner le fait de découvrir l'objet volé. Nous sommes naturellement amenés à substituer *si concepit* à *qui si quid invenerit*. Si nous préférons la forme *concapit* à la forme *concepit*, c'est parce que la première se rencontre déjà dans un texte relatif à un cas particulier de *furtum*. Il s'agit du texte sur le *tignum furtivum alienis aedificiis iunctum* que nous étudierons plus loin. Il est ainsi conçu : Tignum iunctum aedibus vinea[e]ve et concapit ne solvito[3], et Huschke a proposé, avec grande vraisemblance, de lire : sei concapit[4].

Les passages de Gaius, que nous venons de citer, renferment des contradictions internes. D'autre part ils s'accordent mal, sur plusieurs points, avec le témoignage d'Aulu-Gelle et avec celui des *Sentences* de Paul sur la même matière. Reproduisons ici le texte de Paul *(Sent.*, II, 31) :

3. Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum et inventum est. Oblati actione is tenetur, qui rem furtivam alii obtulit, ne apud se inveniretur.

5. Concepti is agere potest, qui rem concepit et[5] invenit. Oblati is agere potest, penes quem res concepta et[5] inventa est.

14. Furti concepti actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena [et ipsius rei repetitio][6].

Soulignons d'abord les analogies que présentent ces passages avec les passages correspondants de Gaius.

[1] Schœll, p. 73-74.

[2] Rappelons les termes employés par Gaius, III, 186 : Conceptum furtum dicitur, cum res quaesita et inventa sit... ; 187 : eaque apud te concepta sit... ; et par Gell., XI, 18, 9 : furta quae... per lancem... concepta essent.

[3] Festus, éd. M., p. 364 ; éd. Th., p. 556. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 319, 1.

[4] *Infra*, § 11.

[5] Huschke lit <*ad*> *est invenit...* ; <*ad*> *est inventa est*.

[6] Ce paragraphe est visiblement mutilé. Les mots *et ipsius rei repetitio* ne sont probablement pas de Paul (Huschke-Seckel-Kriegel, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*, II, 1re, p. 56, n. 9). Quant aux mots qui précèdent, Mommsen les restitue de la façon suivante : Furti concepti actio tripli est poena, [et ipsius rei repetitio], adversus eum qui obtulit, tripli (*Röm. Strafrecht*, p. 752, 3 trad. Duquesne, III, p. 56, 4). Huschke admettait une autre restitution, que MM. Seckel et Kriegel semblent rejeter : Furti concepti <oblatique> actio adversus eum qui obtulit tripli est poena.

Gaius, III.	Paul, II, 31.
186. Conceptum furtum dicitur cum apud aliquem <.....> res furtiva quaesita et inventa sit.	3. Concepti actione is tenetur apud quem furtum quaesitum et inventum est.
187. Oblatum furtum dicitur cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit...; utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur.	Oblati actione is tenetur qui rem furtivam alii obtulit, ne apud se inveniretur.

Il semble que Paul ait abrégé un texte utilisé également, mais avec plus de développements, par Gaius. Relevons, d'autre part, l'analogie qui rapproche aussi le texte de Paul, comme déjà celui de Gaius, du témoignage d'Aulu-Gelle.

Gell., XI, 18, 11.	Paul, II, 31, 14.
Furti concepti item oblati tripli pœna est.	Furti concepti actio adversus eum qui obtulit tripli est poena.

Comme nous savons que Paul a ignoré les Institutes de Gaius [1], nous devons supposer qu'il a suivi, immédiatement ou médiatement, la même source que Gaius, et qu'il se rattache, comme lui, à la tradition sabinienne. Cette origine commune des divers témoignages juridiques dont nous disposons rend plus sensibles leurs contradictions, et plus vraisemblable l'idée que la tradition, en se transmettant, a pu se corrompre. Ce sont ces contradictions qu'il faut maintenant dégager et, si possible, expliquer. Nous y sommes obligés, parce c'est ici d'une question de sources qu'il s'agit.

La principale contradiction porte sur le point suivant : D'après un groupe de textes [2], le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum* entraînent tous deux une composition légale au triple. Gaius indique même, dans son paragraphe 191, que c'est la sanction prévue par les Douze Tables.

D'après un autre groupe de textes, au contraire [3], le *furtum conceptum* est un *furtum manifestum*, et les Douze Tables autorisent,

[1] Kalb, *Rom's Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, 1890, pp. 77-88; et, en dernier lieu, P. F. Girard, dans *Göttingische gelehrte Anzeige*, 1910, pp. 256-257.

[2] Gell., XI, 18, 12; Paul., II, 31, 14.

[3] Gaius, III, 192; Gell., XI, 18, 9.

comme sanction du *furtum manifestum*, l'exercice de la vengeance privée dans des formes très rigoureuses (en général *addictio* du voleur au volé).

Comment concilier les uns avec les autres ces deux groupes de textes ? On peut tenter d'y parvenir logiquement ou chronologiquement : 1° logiquement, en cherchant s'il n'existerait pas deux sortes de *furta concepta*, auxquelles les deux séries de témoignages s'appliqueraient distributivement ; 2° chronologiquement, en établissant, au contraire, qu'il n'existe qu'une sorte de *furtum conceptum*, à laquelle les sanctions prévues par les deux séries de témoignages se seraient appliquées successivement.

La première solution a eu pour principal champion Vangerow[1] ; elle a pour elle la majorité des romanistes[2]. Résumons l'argumentation sur laquelle elle repose.

Gaius, dit Vangerow, rapporte de la manière la plus expresse au droit des Douze Tables les deux sanctions incompatibles de la *quaestio*. Ces deux sanctions, étant donc contemporaines, doivent s'appliquer à des hypothèses différentes. Or la composition légale du triple n'est mentionnée qu'à propos du *furtum conceptum* (tout court) ; au contraire, l'assimilation au *furtum manifestum* est mentionnée pour le *furtum per lancem liciumque conceptum*. Il suit de là que les Romains ont connu deux *quaestiones* différentes pour vol : l'une solennelle, *per lancem liciumque*, l'autre non solennelle, ne requérant d'autres conditions de forme que l'assistance de témoins[3]. Cette distinction ressort aussi[4] d'un autre pas-

[1] Voy. déjà Leroux, *De furti notione secundum ius romanum*, Iena, 1831. Mais l'opuscule de C. A. von Vangerow (*De furto concepto ex lege XII Tabularum. Sacra natalicia Caroli Friderici Badarum magni ducis*, Heidelbergae, 1845) est demeuré classique.

[2] Voy. notamment, avec certaines divergences de détail, Huschke, *Ad legem XII Tabularum de tigno iuncto*, Vratislav, 1837, pp. 10 et sqq. ; Hanoverv, *Observationes de furtis pro diversitate prohibitorum varie punitis*, Bonnae, 1857 ; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II², p. 159 et sqq. (Cf. Kretzmar, *Ueber furtum conceptum, prohibitum und non exhibitum. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, V (1884), R. A., p. 221) ; Desjardins, *Traité du vol dans l'antiquité et spécialement en droit romain*, Paris, 1881, p. 123 ; Schulin, *Geschichte des römischen Rechts*, Stuttgart, 1889, p. 322 ; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I², p. 546, n. 3 (I³, p. 110, 5), Girard, *Manuel*⁷, p. 458, 1 ; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*⁶, 1909, p. 461, etc.

[3] A cause des mots *testibus praesentibus* de Gaius, III, 186.

[4] Vangerow, *l. c.*⁶, p. 21.

sage, où Gaius discute la valeur pratique des formes de la *quaestio*[1] : « Qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inventa maiori poena subiiciatur. » Gaius oppose ici la perquisition solennelle faite *a nudo*, et entraînant la peine du *furtum manifestum*, à la perquisition non solennelle faite *a vestito*, et entraînant une peine moins lourde.

Mais une difficulté surgit : quels sont les cas d'application respectifs des deux formes de perquisition ? Gaius n'en dit rien. Vangerow suppose qu'on se basait, pour les fixer, sur la bonne volonté (peut-être aussi sur la bonne foi) plus ou moins grande dont témoignait l'homme chez qui on prétendait perquisitionner. Acceptait-il la *quaestio?* Il ouvrait sa maison au plaignant, qui y effectuait ses investigations à l'amiable, sans aucune solennité. S'opposait-il, au contraire, à ce qu'on entrât chez lui ? C'était son droit ; peut-être Gaius prévoyait-il cette résistance (193 : qui vestitum quaerere prohibet). Le plaignant pouvait se passer de son consentement, mais seulement en employant le rituel *lance licioque*, qui entourait la *quaestio* de son maximum de garanties.

Reste à savoir comment le plaignant forçait la résistance du maître de maison, si celui-ci s'obstinait à empêcher la *quaestio* solennelle elle-même. A vrai dire, les Douze Tables ne semblaient pas avoir prévu cette résistance ; elles n'avaient organisé aucune sanction : « lex eo nomine nullam poenam constituit », dit Gaius[2]. Mais alors on se demande comment il existait encore des recéleurs assez naïfs pour subir une perquisition quelconque, amiable ou solennelle, et s'exposer éventuellement à une répression fort dure, quand ils pouvaient impunément interdire leur domicile aux plaignants[3]. Aussi Vangerow, embarrassé par cette lacune de son système[4], s'empresse-t-il d'admettre[5] que le *furtum prohibitum*

[1] Gaius, III, 193.

[2] Gaius, III, 192.

[3] En ce sens Krueger, *Ueber furtum conceptum...*, p. 220.

[4] Evidemment, il ne suffirait pas de dire, avec Handjery, *l. c.*, que les traditions et les mœurs rendaient inconcevable toute résistance à la *quaestio*.

[5] Vangerow, p. 22 : Gaius affirmat, legem XII tabularum eo nomine nullam pœnam constituisse... Quod equidem vix crediderim. Concedendum est quidem Gaio, a decemviris de nostro casu disertim nil cautum fuisse ; persuasissimum vero mihi est, ex mente et sententia legis necessario hoc profluxisse praeceptum, ut, qui omnem omnino quaestionem prohibuisset, eadem pœna, atque si furtum per lan-

est pratiquement assimilé au *furtum manifestum*. On traite celui qui a refusé de subir la *quaestio lance licioque* comme s'il l'avait effectivement subie, et comme si l'objet volé avait été découvert chez lui.

En résumé, il existe, dès le temps des Douze Tables, à côté de la procédure de la répression privée du *furtum manifestum* qui sanctionne la découverte de l'objet volé consécutive à une *quaestio lance licioque* et la résistance à cette *quaestio (furtum prohibitum)*, deux actions pénales au triple données, l'une (action *furti concepti*) au volé contre le maître de maison chez qui on a trouvé l'objet volé après une *quaestio* amiable, l'autre (action *furti oblati*) au maître de maison contre la personne qui a introduit cet objet chez lui.

Ainsi s'échafaude l'ingénieux système combiné par Vangerow. Système moins clair qu'il ne paraît, malgré les illusions de son auteur[1], et système trop ingénieux peut-être, quoique sans doute encore incomplet[2]. Mais, à s'en tenir aux textes, on peut démontrer, sans grand effort, qu'il n'existe pas trace du prétendu dédoublement de la *quaestio*, et que les Douze Tables ne prévoyaient même pas l'opposition du maître de maison soupçonné[3].

cem et lucrum apud eum conceptum fuisset affligeretur. Quin igitur prohibitum furtum jam ex XII Tabularum iure furto manifesto aequiparatum fuerit, nullus dubito.

[1] Vangerow, p. 21 : « quae verba luce clarius probant ... : sed jam jam videor, ne facem soli admovere videar...

[2] Il manque en effet au système un rouage indispensable pour qui veut, comme Vangerow, dans la perquisition pour vol un mécanisme minutieusement réglé, où chaque éventualité distincte fait jouer sa sanction propre. C'est une sanction contre le plaignant qui aurait forcé à la légère une personne à subir la *quaestio lance licioque*. On attendrait naturellement une *pœna temere litigantis* contre le plaignant dont la recherche demeure infructueuse.

[3] Citons parmi les auteurs qui ont repoussé le système de Vangerow, Schmidt, *XII Tabularum reliquiae*, p. 44 (après Haubold et Pochta); Kuebler, *De furtum conceptum*, [illegible], p. 220, Karlowa, *R. R. G.*, II, pp. 777-780 (notamment en partie), Heze, *Beiträge zur Lehre vom Furtum*, *Zeitschr. zur Savigny Stiftung*, XXIII (1902), R. A., p. 329 et peut-être Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 745-749 (*Dr. pénal*, trad. Duquesne, III, pp. 5-53). Nutans enfin [illegible] *Del furtum conceptum secundo le 12 Tavole* [illegible] pp. 107-139, notamment pp. 121 et sqq., d'après laquelle il n'y aurait eu que un seul *furtum conceptum*, toujours sanctionné par une *pœna tripli*. Mais aucun de ces auteurs n'a pris pour point de départ une étude des sources; la pointe de leur critique s'en est trouvée émoussée.

1° Il n'y a pas trace dans les textes du prétendu dédoublement de la *quaestio*[1]. Les indices que Vangerow croit tirer à cet égard de Gaius proviennent, non pas de la source historique ancienne utilisée par cet auteur, mais d'un commentaire critique postérieur, juxtaposé aux données fournies par cette source. Les mots « Qui vestitum quaerere prohibet... », auxquels Vangerow attribue une importance singulière, sont extraits d'un paragraphe qui commence par : « Quae res [lex tota] ridicula est : nam... » : ils n'ont pas pour auteur un historien, mais un interprète qui, livré aux suggestions de son bon sens de praticien récent, raille un passé qu'il ne comprend pas, et que seul le droit comparé l'aurait mis à même de comprendre. Que l'on suive, d'ailleurs, l'enchaînement de ce raisonnement[2] : « A quoi bon, déclare son auteur, obliger le plaignant à se dévêtir pour perquisitionner ? Le maître de céans ne le repoussera-t-il pas aussi bien sans costume qu'avec costume ? Et mieux encore peut-être : car, si le maître tolère la *quaestio lance licioque*, il s'expose éventuellement aux dures sanctions du *furtum manifestum* » — tandis qu'en l'empêchant, il n'encourt que les sanctions du droit commun, c'est-à-dire l'action *furti nec manifesti*. Tel étant le sens général du passage, l'argument fondamental qu'en tire Vangerow s'effondre.

Mais si, dégageant le texte de Gaius des surcharges de ce genre, on en revient à la tradition originale des grammairiens ou de Mas. Sabinus, on n'y trouve trace que d'une *quaestio* unique. Selon Paul Diacre, « qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat, etc. ». Aullu-Gelle ne rattache aux Douze Tables que la seule perquisition *lance licioque*. La glose des Institutes de Turin[3] com-

[1] Bien entendu nous ne nous plaçons ici qu'au point de vue étroit des textes et de leurs sources. Nous négligeons pour le moment tous les arguments en faveur de l'unité de perquisition qu'on tirerait, par exemple, du droit comparé ou de la sociologie religieuse. Cf. PERNICE, *Parerga. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XVII (1896, R. A., pp. 181-182.

[2] Quae res [lex tota] ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibiturus est, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re <et> inventa maiori pœnae subiciatur.

[3] *Gloss. Taurin.*, n. 466, sur *Inst.*, IV, 1, 4, dans SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*², Heidelberg, 1834-1851, II, p. 475 *Histoire du droit romain au Moyen Age*, trad. CHARLES GUENOUX, t. IV, 1839, p. 394, n° 466); P. KRUEGER, *Die Turiner Institutionenglosse. Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, VII (1868), p. 78, n. 466.

mente le passage des Institutes de Justinien qui parle, à la suite de Gaius, du *furtum conceptum* et *oblatum* (IV, 1, 4), dans les termes suivants :

Ita enim fiebat, ut is, qui in alienam domum introibat ad requirendam rem furtivam, nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans utrisque manibus detentus (detentis ?).

Ce texte, qui semble procéder d'une source autre[1] que celles que nous connaissons[2], ne mentionne encore qu'une forme possible de *quaestio*.

Comment ne pas être surpris et choqué de la terminologie sans précision ni consistance que Vangerow prête à Aulu-Gelle et à Gaius ? Ces auteurs, en rapportant des expressions techniques, telles que *furtum conceptum*, *furtum prohibitum*, *quaestio prohibita*, les emploieraient avec tant d'indécision qu'ils les appliqueraient successivement aux hypothèses les plus différentes, les plus opposées même ; ils rattacheraient ainsi le *furtum conceptum* et le *furtum prohibitum* tantôt à une perquisition amiable et tantôt à une perquisition solennelle : chose admissible à la rigueur s'ils avaient séparé au préalable le cas où le maître accepte la perquisition et celui où il l'interdit ; mais, répétons-le, ils ne les ont pas séparés, et, comme la distinction serait fondamentale, comme elle constituerait la clef de voûte de tout le système, on ne s'explique pas leur silence. Ce silence significatif suffirait à condamner la doctrine de Vangerow.

2° Mais à ce silence se joint une indication positive. Les textes établissent que les Douze Tables ne prévoyaient pas que le maître de maison pût résister à la *questio*. Cela ressort du paragraphe 192 de Gaius[3] : Lex ....eo nomine (*sc.* furti prohibiti) nullam

[1] Dirksen, *Das Rechtsbuch des Constantin Harmenopolus und die alte Glosse der Turiner Institutionen Handschrift. Hinterlassene Schriften*, II, p. 170, croit que notre glose se rattache pour partie au passage précédemment cité de Festus, et pour partie à une compilation récente d'auteur inconnu.

[2] Les sources suivies par la *Glose de Turin*, quelles qu'elles soient, paraissent assez dignes de confiance au point de vue historique. Voy. en ce sens Ferrini, *Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse*, 1870, p. 12 et suiv., Krueger, *Quellen*[2], p. 419. Ferrini, *La glossa torinese* (Rendiconti dell'Istituto Lombardo, 1888 et *Archivio giuridico*, XXXVII, 1886), *Delle origini delle parafrasi greca delle Istituzioni*, pp. 392-405. Flach, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen Age*, 1889, p. 62.

[3] Remarque déjà faite par Schulz, p. 44.

poenam constituit : hoc solum praecipit ut qui quaerere velit, nudus quaerat... En rapprochant ce paragraphe du paragraphe 188, relatif à l'action *furti prohibiti* prétorienne (Est etiam prohibiti furti <actio> adversus eum qui quaerere volentem prohibuerit...), on peut conclure, d'abord que l'action prétorienne *furti prohibiti* sanctionnait toute résistance opposée à une *quaestio* quelconque, amiable ou solennelle, et que, par conséquent, les mots *furtum prohibitum* s'entendaient techniquement de la résistance opposée à une *quaestio* quelconque ; — ensuite que les Douze Tables n'avaient organisé aucune sanction pour ce *furtum prohibitum*, et qu'elles n'avaient prévu aucune opposition à la *quaestio*, solennelle ou non[1]. Le petit roman imaginé par Vangerow[2] se heurte au témoignage décisif des textes.

Ajoutons qu'il se heurte aussi aux probabilités générales du développement historique. La coutume n'avait pas à pourvoir d'une sanction la procédure de perquisition à l'époque où cette procédure restait presque exclusivement privée. La *quaestio* s'accomplissait extrajudiciairement, par l'initiative et les soins du seul volé. C'est à celui-ci qu'il appartenait de prendre les précautions nécessaires pour qu'on ne pût pas lui résister : de même que c'est au volé qui surprend un voleur manifeste qu'il appartient de s'arranger pour être le plus fort, faute de quoi la sanction coutumière du vol flagrant reste illusoire. Il fallait donc agir par force ou par ruse. Dans une historiette rapportée par Macrobe[3], on voit un cultivateur recherchant sa truie volée appeler à la rescousse toute une troupe d'amis, et cerner avec leur concours la maison du voleur présumé[4] ; si ce dernier avait tenté de lui interdire l'accès de son domicile, il aurait dû engager une lutte où il courait le risque d'avoir le dessous. Les sanctions judiciaires du *furtum prohibitum* n'apparaissent que

[1] Schœll remarque aussi, à juste titre, que Gaius n'aurait pas pu dire : « Qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est », s'il avait trouvé dans les Douze Tables un précepte formel ordonnant à celui « qui prohibitus est quaerere » d'entreprendre une perquisition *lance licioque* : il n'aurait pas pu ignorer alors que la loi défendait de mettre obstacle à la perquisition solennelle.

[2] Et accepté partiellement, chose surprenante, par certains adversaires de Vangerow, p. ex. par Hitzig, *l. c.*, p. 331, 2.

[3] Macrob., *Saturn.*, I, 6, *in fine*.

[4] Vicinus advocatis custodibus omnia circumvenit.

dans les milieux où l'idée de justice privée cède le pas à l'idée de justice sociale.

Nous croyons donc que les Douze Tables ne connaissaient d'autre *furtum conceptum* que le *furtum per lancem liciumque conceptum*, qui était un *furtum manifestum*, réprimé comme tel. L'action *furti concepti* au triple est postérieure aux Douze Tables[1].

Mais, ici, nous rencontrons l'affirmation contraire de Gaius : « Concepti et oblati poena ex lege XII Tabularum tripli est, eaque... a praetore servatur ». Il peut paraître grave d'imputer une erreur à Gaius[2]. Néanmoins, nous n'hésitons pas, comme d'autres l'ont fait[3], à rejeter les mots *ex lege XII Tabularum* et à admettre que Gaius rapporte aux Douze Tables des institutions qui ne procèdent, en réalité, que du préteur. Car Gaius n'est pas un historien infaillible, tant s'en faut! Beaucoup des témoignages qu'il fournit sur le droit des Douze Tables éveillent, à bon droit, la suspicion. Schöll et Krüger l'ont prouvé par des exemples[4] qu'on pourrait multiplier. Ainsi nous verrons que Gaius attribue aux Douze Tables la prohibition d'usucaper les *res vi possessae*[5] (furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitam esse), bien qu'il ait affirmé lui-même un peu plus haut que cette prohibition a été introduite par les lois Julia et Plautia[6]. Il n'y a donc ni irrévérence (pour ceux que pareil scrupule arrête), ni témérité à supposer qu'il a pu se tromper sur les origines des actions *concepti* et *oblati*.

Mais cette supposition gagne singulièrement en vraisemblance si l'on examine la question au regard de la filiation des sources. Gaius se réclame de la tradition sabinienne. Mais elle ne lui est parvenue que de deuxième ou de troisième main, déformée par ses transmissions successives, mêlée à des commentaires postérieurs, altérée peut-être aussi sous l'influence des préoccupations didactiques ou pratiques qui le dominaient ou qui dominaient ses auteurs.

[1] En ce sens, Schöll, p. 46; Krüger, *Ueber furtum conceptum*, p. 2[illegible], n. 1.

[2] Cf. Desjardins, *Traité du vol*, p. 122, que ce scrupule a suffi à rallier à la thèse de Vangerow.

[3] Schöll, pp. 42-46; Krüger, *Ueber furtum conceptum*, p. 2[illegible]; Rudorff, *Fontes*, I, p. 49, sous Tab. VIII, 15 a.

[4] Schöll, pp. 41-42; Krüger, *Ueber furtum conceptum*, p. 22[illegible], n. [illegible].

[5] Gaius, II, 48.

[6] Gaius, II, 45. Cf. Just., *Inst.*, II, 6, 2 et sqq.

Mais nous avons la bonne fortune de rencontrer chez Aulu-Gelle un résumé de la même tradition, qui nous offre des garanties très supérieures de fidélité : car Aulu-Gelle est un archéologue curieux du passé, qui ne mêle pas de considérations actuelles à ses études ; en outre, il a directement sous les yeux la monographie de Sabinus *De furtis* qu'il cite[1]. Or ce résumé nous indique suffisamment comment était composé l'exposé historique de Sabinus. Après des considérations sur la répression du vol chez les Grecs[2], se plaçait un aperçu de la répression du vol dans les Douze Tables[3]. C'est là que Sabinus traitait du *furtum per lancem liciumque conceptum* et de sa répression comme vol manifeste. Une transition l'amenait ensuite au droit contemporain : « Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est ». Suivait l'exposé de ce droit : action prétorienne *furti manifesti* au quadruple, actions prétoriennes *furti concepti* et *oblati* au triple : « Furti concepti item oblati tripli poena est ».

On retrouve bien la même composition chez Gaius. Après une introduction consacrée à la classification des *furta* et à leur définition, introduction qui manque chez Aulu-Gelle, parce qu'il a négligé, il nous en avertit[4], de reproduire les définitions de son auteur, nous retrouvons un exposé du droit des Douze Tables en matière de *furtum*[5] ; puis une transition analogue à celle qu'a recueillie Aulu-Gelle : « Sed postea improbata est asperitas pœnae... » ; enfin, l'énumération des actions prétoriennes de vol[6]. C'est au cours de cette énumération, où il avait suivi pied à pied la tradition sabinienne, qu'il s'avise de rompre l'ordre de son développement et d'y intercaler la mention qui nous déroute, et qui n'apparaissait point dans la proposition correspondante de Sabinus : « Concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum tripli est... »

Ajoutons enfin que la même composition, plus relâchée, plus déformée, mais cependant reconnaissable, réapparaît dans les *Sen-*

[1] Gell., XI, 18, 12 : Sed quod sit oblatum, quod conceptum et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus neque inutilia cognitu neque iniucunda qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est *De furtis*.

[2] Gell., XI, 18, 1-5.

[3] Gell., XI, 18, 6-9.

[4] *Supra*, n. 1.

[5] Gaius, III, 189.

[6] Gaius, III, 189-192.

tences de Paul. Mais, ici[1], l'action *furti concepti* au triple reste rangée correctement parmi les actions prétoriennes[2], après l'action *furti manifesti* au quadruple. L'infidélité historique du témoignage de Gaius s'établit ainsi par les deux attestations concordantes d'Aulu-Gelle et de Paul, qui l'enserrent et le contredisent. Les actions *furti concepti* et *oblati* n'appartiennent pas au droit des Douze Tables.

5

Quelle est la répression du *furtum manifestum* ordinaire, c'est-à-dire du *furtum manifestum* qui n'est point commis nuitamment, et dont l'auteur ne se défend point avec une arme?

Les textes sur la matière se répartissent en deux groupes : le groupe, assez pauvre ici, des textes grammaticaux, et le groupe plus riche des textes juridiques.

1° La tradition grammaticale n'est représentée que par une glose[3] que l'on rencontre chez Servius et Isidore.

Servius (sur Verg., *En.*, VIII, 205) :

At furis Caci mens. Pro ingenti scelere furis nomen posuit : capitale enim crimen apud maiores fuit ante pœnam quadrupli[4].

Isidore :

Furtum autem capitale crimen apud maiores erat ante pœnam quadrupli[5].

[1] Paul., II, 31, 14.

[2] Nous n'avons pas à examiner ici la théorie intermédiaire proposée par Huzar, *l. c.*, pp. 330-331, pour qui les actions *concepti* et *oblati* au triple sont postérieures aux Douze Tables, mais antérieures à l'Edit du préteur. On remarquera cependant que la tradition sabinienne, par la place qu'elle attribue à ces deux actions, semble les ranger parmi les actions prétoriennes. Cette conclusion n'est pas contredite par l'observation d'Aulu-Gelle, qui rattache le *furtum conceptum* aux *egregii veterum mores*. Car Aulu-Gelle tient les premières rédactions de l'Edit pour des choses anciennes (*Edicta veterum praetorum*, Gell., XI, 17, 1), et il range Servius Sulpicius, Trebatius, Labeo, Mas. Sabinus et Cassius Sabinus (ibid.), — c'est-à-dire des jurisconsultes postérieurs aux premières rédactions de l'Edit — parmi les *veteres scriptores* (V, 6, 27), ou les *veteres iureconsulti* (IV, 2, 2).

[3] C'est à tort que Huschke-Seckel-Kübler (P., p. 318, note sous Gaius, III, 189) rapportent au *furtum manifestum* les vers d'Ovide (*Fast.*, III, 845-846) relatifs à une *lex* « capitis quae pendere pœnas Ex illo iubeat furta reperta loco » : car il s'agit d'une *lex templi*, et d'un cas de sacrilège. Cf. *infra*, c. IX, § 11.

[4] Servius, *In Vergilii carmina commentarii*, éd. Thilo et Hagen, Lipsiae, 1881-1887, II, p. 228.

[5] Isid., *Orig.*, V, 26, 19 (*Patrologie latine* de Migne, t. III des *Œuvres d'Isidore*, p. 419).

Ces deux versions d'une même glose viennent évidemment d'une source unique. Nous nous efforcerons d'établir plus loin que Varron doit en être l'auteur[1].

2° La tradition juridique pourrait remonter, nous le verrons, à la même origine. Mais elle se rattache immédiatement à Mas. Sabinus, peut-être aussi à Labéon. Le passage d'Aulu-Gelle qui résume le *De Furtis* de Sabinus dans les développements relatifs à la sanction du *furtum manifestum* est ainsi conçu :

Furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt (*sc.* decemviri) si aut, cum faceret furtum, nox esset aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri[2].

Un autre passage d'Aulu-Gelle sur la même matière[3] peut se réclamer de l'autorité de Labéon :

Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae... furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic... an furis manifesti intolerandam audaciam... non dignam esse capitis pœnae existumas?

Nous avons déjà rencontré plus haut ce texte et nous avons admis que, selon toute vraisemblance, Aulu-Gelle s'y était inspiré des *libri ad XII Tabulas* de Labéon[4].

Chez Gaius[5], on retrouve l'écho de la tradition sabinienne plutôt que celui de la tradition labéonienne :

Pœna manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur,

[1] *Infra*, c. XI, § 6. Nous n'examinons pas cette question ici, parce qu'elle est liée à celle de l'étymologie varronienne du mot *furtum*.

[2] Gell., *N. A.*, XI, 18, 7-8.

[3] Gell., *N. A.*, XX, 1, 7.

[4] *Supra*, p. 25.

[5] Gaius, III, 189.

veteres quaerebant. In *serrum* aeque verberat*um animadvertebatur*[1].

La comparaison du premier texte d'Aulu-Gelle avec celui-ci fait ressortir leur parallélisme :

Gell., XI, 18, 8 :	Gaius, III, 189 :
Ex ceteris... manifestis furibus	
liberos verberari	Liber verberatus
addicique iusserunt	addicebatur
ei cui furtum factum esset.	ei cui furtum fecerat.
. . . . .	. . . . .
Servos... furti manifesti prensos	In servum
verberibus adfici	aeque verberatum
et e saxo praecipitari...	animadvertebatur.
voluerunt.	

Les quelques différences qui séparent les deux textes résultent, d'une part, des préoccupations archéologiques qui poussent Aulu-Gelle à ne rien sacrifier des traits archaïques et pittoresques de la procédure, d'autre part, des préoccupations pratiques qui poussent Gaius (ou l'auteur suivi par Gaius) à négliger les détails superflus et désuets pour mettre surtout en relief les traits juridiques du système répressif (par exemple la controverse sur les effets de l'*addictio* du *fur manifestus*, qui pourrait bien avoir été intercalée dans le texte démarqué par Gaius).

On ne dira pas, d'ailleurs, que ce parallélisme évident des deux textes s'explique par l'emploi de sources législatives communes. Car ce parallélisme ne se limite pas aux textes que nous avons reproduits et qui pourraient, en effet, être empruntés au précepte des Douze Tables sur la matière. Aulu-Gelle continue : Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est ; et Gaius continue de même : Sed postea improbata est asperitas poenae. Évidemment, aucun précepte de droit positif n'a fourni le modèle de cette transition. Ici encore, Gaius, comme Aulu-Gelle, a suivi Mas. Sabinus.

Cette observation rend un peu plus hasardeuses les tentatives qu'on peut faire pour dégager la disposition des Douze Tables des témoignages de nos auteurs, puisque, au lieu d'avoir deux sources

[1] Les mots en italique sont restitués ainsi par les éditeurs actuels. Au lieu d'*animadvertebatur*, LACHMANN lisait : *e saxo deiecebatur*.

se contrôlant réciproquement, nous n'en avons plus qu'une seule; bien des affirmations émises sur ce point auraient dû être revisées si l'on avait songé à critiquer les sources[1]. Il est fort possible, comme le croit M. Wlassak[2], que le texte des Douze Tables n'ait pas été fondé sur les mots *Verberatus addicitor* qu'admettent beaucoup de restitutions[3]; il est possible aussi, contrairement aux indications un peu exclusives du savant romaniste[4], qu'il l'ait été : en réalité, nous n'en savons rien, à moins d'apporter dans nos recherches des idées préconçues. Nous ne pouvons pas davantage affirmer que le précepte se construisait avec les mots *capital esto*[5]; c'est même très invraisemblable : dans aucune des dispositions des Douze Tables textuellement rapportées, nous n'avons une sanction en la forme *capital esto*. Ni Servius, ni Isidore, ni Gaius ne semblent citer les Douze Tables, pas même en la forme indirecte généralement employée (*lex iubet* ou *decemviri voluerunt... capital esse*[6]) : ils usent d'une formule purement narrative. L'identité des témoignages de ces divers auteurs s'explique suffisamment s'ils viennent tous d'une source unique, de Masurius Sabinus. Nous verrons même qu'il n'est pas sûr que Sabinus ait pris les expressions *pœna capitalis*, *crimen capitale*, dans leur sens technique propre[7]. Evitons donc de tenter une restitution purement conjecturale, qui n'offrirait aucune garantie d'authenticité.

[1] M. Wlassak a raison de remarquer à ce propos (*Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXV (1904), p. 96) : « Die neueren Gelehrten, voran die Wiederhersteller der Zwölftafeln, haben es unterlassen, an den Mitteilungen des Gellius Kritik zu üben. »

[2] Wlassak, *l. c.*, p. 99.

[3] Voy. les tentatives de restitution anciennes dans Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 579-581. Voigt restitue (I, p. 716. Tab. VII, 2) : Si hominem liberum nanxitur, verberatus addicitor, cui furtum factum est, si servum, verberatus e saxo praecipitator. Nikolsky restitue (p. 9. Tab. VII, 3) : Cui furtum faxit, verberatum addicito. Si servus escit, e saxo deicito. Voy. aussi les auteurs cités par M. Wlassak, p. 96, 3.

[4] L'interprétation que donne M. Wlassak du mot *addictio* dans les Douze Tables (pp. 90-95) ne force pas la conviction. Pour interpréter comme il le fait (p. 96) le précepte *praesenti litem addicito*, il faut supposer que *lis* n'a jamais eu que deux sens possibles, à savoir l'objet corporel du procès, ou le procès lui-même. Mais sans doute ce mot a-t-il désigné une chose matérielle représentant symboliquement l'objet du procès. Nous nous bornons à indiquer l'idée, que nous développerons ailleurs.

[5] Wlassak, p. 101 : libero si (furtum faxit?), capital esto.

[6] *Supra*, p. 44, 1.

[7] *Infra*, c. XI, § 6.

C'est du témoignage de Gaius que procèdent d'autres témoignages qu'on rencontre à l'époque byzantine, ceux du petit traité *De Actionibus* et de la *Paraphrase des Institutes*, de Théophile.

Le *De Actionibus*, œuvre d'école[1], sans doute antérieure, mais de peu, à Justinien[2], mentionne les sanctions du *furtum* dans les termes suivants :

Εἰ περὶ κλοπῆς, τὴν furti, ἀγωγὴν κατὰ τῶν κλεπτῶν, ἥτις ἀπὸ μὲν τοῦ δυοδεκαδέλτου ἐπενοήθη (παρ' αὐτοῦ καὶ κεφαλικὴ τιμωρία ἐπενοήθη, ὁ δὲ πραίτωρ χρηματικὴν ἐπενόησεν·) καὶ τὸν furtivum condictiona, ἀγωγὴν ἀπαιτοῦσαν τὸ κλαπὲν πρᾶγμα· εἰ ὑπεδέξατό τις, τὸν furti oblati ἤτοι ἀγωγὴν κατὰ ὑποδεκτῶν[3].

La Paraphrase des Institutes, attribuée à Théophile, signale la sanction du *furtum manifestum* dans les Douze Tables, à propos de la distinction des actions civiles et des actions prétoriennes :

Ἀλλ' ἔχει τις εἰπεῖν· καίτοι ἡ furti ἀγωγὴ ἔγνωσται τῷ δωδεκαδέλτῳ, πῶς οὖν praetorian αὐτὴν καλεῖς; ἀλλ' ἡ ἀπολογία αὕτη ἐστίν. Ὁ δωδεκάδελτος ἐπινοήσας τὴν furti κεφαλικὴν κατὰ τοῦ κλέπτου ὥρισε τιμωρίαν, ὁ δὲ praetωr χρηματικήν[4].

L'identité des termes employés par la Paraphrase et par le *De Actionibus* ne permet guère de douter qu'ils suivent une source commune. D'autre part, cette source commune ne peut guère se trouver ailleurs que dans les Institutes de Gaius. Cela résulte non seulement des vraisemblances générales — notamment de ce que nous savons des liens qui rattachent cette Paraphrase aux interprétations du Manuel de Gaius[5] — mais encore de la concordance littérale de la suite du passage avec le passage correspondant des Institutes. « Sed postea improbata est asperitas pœnae... », dit

[1] Zachariae, *De actionibus. Ein Ueberbleibsel antejustinianischer Jurisprudenz*, *Zeitsch. d. Sav. Stiftung*, XIV (1893), R. A., p. 96.

[2] Zachariae, pp. 95-96; cf. Scialoja, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, *Mélanges P. F. Girard*, II, pp. 543-545. L'argument que tire M. Scialoja de Theophilus, *Paraphr.*, 4, 1, 6, ne paraît pas probant : Theophilus, à la différence de l'auteur du *De actionibus*, mentionne la désuétude de l'action *furti oblati* (Ed. Ferrini, p. 385, l. 10 et sqq.). Cette note était écrite lorsqu'ont paru les *Studien zur Vespasianischen Gesetzgebung* de M. Pampaloni, I, 1913, qui formulent, p. 24, 1, une observation identique.

[3] Zachariae, p. 91, n° 26.

[4] Theophil., *Par.*, 4, 12 (Ed. Ferrini, p. 463, l. 21-24).

[5] Ferrini, *Rendiconti del R. Istituto lombardo*, XVI, pp. [illegible] et sqq. ; et préface de son édition de la *Paraphrase*, p. XI et sqq.

Gaius. « Ἐπειδὴ οὖν διὰ τὴν τραχύτητα ἡ τοῦ δωδεκαδέλτου κατεφρονήθη νομοθεσία... », poursuit la Paraphase.

Il est douteux qu'il faille ajouter aux textes déjà cités sur la répression du vol manifeste un texte un peu énigmatique d'Eusèbe de Césarée († 340), tiré de sa *Praeparatio Evangelica* (VI, 10), et qu'il a emprunté aux écrits de Bardesane (célèbre gnostique du IIe siècle). Dans ce passage, Eusèbe ébauche, sans grande méthode, une étude de droit comparé. Il relève notamment chez les Sères l'existence de lois contre le meurtre, la débauche, l'idolâtrie, le vol, si sévères que ces infractions ont disparu de leur pays; on n'y voit pas de voleurs traînés en justice :

Νόμος ἐστὶ παρὰ Σήραις μηδένα φονεύειν, μήτε πορνεύειν, μήτε κλέπτειν, μήτε ξόανα προσκυνεῖν. Καὶ ἐν ἐκείνῃ τῇ μεγίστῃ χώρᾳ οὐ ναός ἔστιν ἰδεῖν, οὐ γυναῖκα πορνικήν,... οὐ κλέπτην ἑλκόμενον ἐπὶ δίκην, οὐκ ἀνδροφόνον....

Plus loin, il signale la diversité des modes de répression du vol chez différents peuples :

Ἐν Ἄτροις (= Ἀρταίοις, habitants d'Ἀρταῖα en Perse?) ὁ κλέπτων τι δόλοῦ ἄξιον λιθάζεται· παρὰ Βάκτροις ὀλίγα κλέπτων ἐμπτύεται· παρὰ Ῥωμαίοις πληγαῖς αἰκίζεται· τοιοῦτοι γὰρ οἱ νόμοι.

Peut-être avons-nous dans le premier passage une allusion à la mainmise du volé sur le *fur manifestus*, et, dans le second, une allusion à la *verberatio* du *fur manifestus?* Cela n'est pas impossible, bien que les indications fournies soient trop vagues et trop brèves pour qu'on leur attribue une signification indubitable[1]. Nous ignorons à quelle source l'auteur suivi par Eusèbe avait pu puiser son information.

Notons enfin, comme recélant une erreur manifeste, un passage du *Brachylogus*[2], qui attribue aux Douze Tables la *pœna quadrupli*

[1] Toutefois, on ne peut accepter la condamnation sommaire et non motivée prononcée contre l'hypothèse du rattachement du texte d'Eusèbe aux Douze Tables par Dirksen (*XII Tafeln*, p. 578 : Mit Unrecht zieht man auch die Aeusserung des Eusebius, *De praeparat. evangelica*, Lib. 6, c. 8 *(sic!)* hieher). Dirksen paraît bien, d'ailleurs, n'avoir eu connaissance de ce passage que par l'intermédiaire de Bynkershœk, *Observat.*, lib. 3, c. 16 : la référence erronée qu'il donne en témoigne.

[2] *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, éd. Boecking, Berolini, 1829, III, 20, 9, p. 111. Cf. Just., *Inst.*, IV, 1, 5. — Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi persona quam ex liberi, nec manifesti dupli. 19. — Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad pœnae persecutionem pertinet : nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre.

pour vol flagrant, instituée seulement, en réalité, par l'édit du préteur :

Poena manifesti furti tam ex lege duodecim tabularum quam ex edicto praetoris quadrupli est, nec manifesti, dupli; et extra quadruplum vel duplum rei persecutio est, quam vindicando vel condicendo is, cui furtum est factum, poterit repetere[1].

6

Il existe une espèce particulière de vol qui, même sans flagrance, entraîne des sanctions rigoureuses, analogues à celles que nous venons de trouver appliquées au *furtum manifestum*. Elle nous est connue par un texte de Pline l'Ancien[2] :

Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni[3].

Il s'agit du délit consistant à moissonner nuitamment le champ d'autrui ou à y faire paître son bétail. A l'époque classique, ce délit rentre aussi bien, selon les cas, dans le *damnum legis Aquiliae* que dans le *furtum*. Le fait de couper des moissons sans se les approprier ne tombe pas sous le coup de l'action *furti*. Mais, au

[1] C'est probablement par erreur que Ferrini (*Beiträge zur Kenntniss des sogenannten römisch-syrischen Rechtsbuchs*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXIII (1902), R. A., p. 106), suivi par M. Mitteis (*Das syrisch römische Rechtsbuch und Hammurabi*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 288, et *Ueber drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs*, *Abh. der kön. Preuss. Akad. der Wissenschaften*, 1905, p. 23) a rapporté à la répression par les XII Tables du *furtum per lancem et licium conceptum* le § 79 du livre Syro-romain, qui frappe les *receptatores* d'une *peine du quadruple* (Bruns-Sachau, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, L., 79; P., 37; Ar., 39; Arm., 34. Trad. Ferrini dans *Fontes iuris romani anteiustiniani*, p. 658 : Hi viri aut feminae qui suscipiunt a servis res furtivas, quattuor vices praecipiunt (ὁρίζει ut solvant dominis eorum) : le *furtum manifestum* n'ayant été puni d'une *pœna quadrupli* que par l'édit du préteur, le *furtum per lancem licumque conceptum* des Douze Tables ne comportait point cette *pœna*; il était sanctionné comme *furtum manifestum*, par Laddietis. On s'étonne de constater que M. Mueller, dans sa polémique contre M. Mitteis (*Das syrisch römische Rechtsbuch und Hammurabi*, Wien, 1905, pp. 42-43) n'ait pas relevé cette erreur.

[2] Plin., *H. N.*, XVIII, 3, 12. Ed. Detlefsen (Berlin, 1866-82), III, 1868, p. 107.

[3] Sur les corrections anciennement proposées à ce texte, voy. Detlefsen, *XII Tafeln*, pp. 545 et sqq.

temps des Douze Tables, il en est autrement : sans doute n'exige-t-on pas encore, pour qu'il y ait *furtum*, l'intention de réaliser un *lucrum*. Toujours est-il que la classification de notre délit parmi les *furta* résulte assez clairement des textes[1]. La dénomination même de l'acte délictueux est significative : il consiste à *frugem furtim... pavisse ac secuisse*. Le mot *furtim* est étroitement apparenté par la forme et par le sens au mot *furtum ;* si étroitement que les jurisconsultes emploient parfois l'expression *per furtum* pour exprimer l'idée qu'il sert plus couramment à rendre[2]. On sait d'ailleurs de source sûre que l'Edit du préteur range l'action *arborum furtim caesarum* parmi les actions relatives au vol (titre XXIII[3]). Aussi croyons-nous qu'il faut rapporter à la répression du *furtim noctu pavisse ac secuisse* un texte de Gaius que les rédacteurs du Digeste ont inséré au titre *Arborum furtim caesarum* (XLVII, 7), mais qui, étant extrait de ses *libri ad legem duodecim tabularum*, ne peut s'appliquer originairement à l'action prétorienne *arborum furtim caesarum :* Sciendum est autem eos qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tanquam latrones puniri[4].

La sanction du délit variait selon que le coupable était pubère

[1] Mommsen (*R. Strafrecht*, pp. 772-773; *Dr. pénal romain*, trad. Duquesne, III, pp. 80-81) admet sans discussion que notre délit est un *furtum*, comme si la chose était évidente. Inversement, Karlowa, *R. Rechtsgeschichte*, II, p. 797, admet, sans discuter davantage, qu'il est un *damnum* présentant les mêmes caractères que le *damnum legis Aquiliae*. Cf. Ferrini, *Diritto penale romano (Teorie generali)*, Milan, 1899, p. 83.

[2] Paul., *Sent.*, II, 31, 24 (25) : Sive seges per furtum sive quaelibet arbores caesae sint... Citons encore, dans le même sens, un passage de Cicéron, *De Natura deorum*, II, 63, 157. Les bêtes, dit Cicéron, dérobent parfois ou ravissent les fruits de la terre aux hommes, à qui ces fruits sont naturellement destinés : Si quae bestiae furantur aliquid ex iis aut rapiunt... Et il reprend, un peu plus loin : Itaque bestiae furtim, ut dixi, fruuntur... Evidemment, le mot *furtim* de la deuxième phrase correspond au mot *furantur* de la première.

[3] Lenel, *Edit perpétuel*, II, pp. 60-61; *Edictum*², p. 326.

[4] Gaius, *l. I° ad legem duodecim tabularum. Dig.*, 47, 7, fr. 2. Nous n'avons pas à mentionner ici l'énigmatique action *de pastu pecoris* (sur laquelle voy. surtout Ulpian., *l. XLI ad Sab. Dig.*, 19, 5, fr. 14, 3) : rien n'indique qu'elle rentre dans le *furtum*. Sur le système déjà défendu par J. Godefroy et repris par Voigt (*XII Tafeln*, II, p. 537), qui voit dans le texte précité de Pline un délit de *pastus pecoris* accompagné de circonstances aggravantes, cf. Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 534 et sqq.

ou non. Le coupable pubère encourait la peine capitale[1] : on le crucifiait à un arbre consacré à Cérès (c'est-à-dire placé dans son *lucus*[2]). Le coupable impubère était battu de verges selon l'*arbitratus* du préteur. L'un et l'autre[3] étaient livrés à la vengeance du maître du champ, à moins qu'on ne les rachetât en payant une *pœna* du double[4].

[1] Mommsen estime (*R. Strafrecht*, p. 773, 1 ; tr. Duquesne, III, p. 81, 3) que cette peine religieuse avait un caractère public, ce qui reste douteux. La peine prononcée dans le même cas contre l'impubère a sûrement un caractère privé.

[2] Wordsworth, *Early latin*, p. 527, 8 ; Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 487 ; Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 918 ; cf. aussi p. 631, 8 (Tr. Duquesne, III, p. 254 ; cf. II, p. 348, 1).

[3] Pour nous, les mots *noxiam duplionemve decerni* se rattachent à la répression contre le pubère aussi bien qu'à la répression contre l'impubère. La forme grammaticale du texte impose ce rattachement. Les Douze Tables, dit ce texte, ordonnaient de crucifier le pubère, de battre de verges l'impubère et d'allouer (au maître du champ) l'abandon noxal ou la *pœna* du double. Le passif *decerni* semble avoir été choisi ici exprès pour qu'on ne pût le rapporter au seul impubère. Sinon on eût écrit : « impubem... verberari, noxiamve... decernere ». L'opinion courante rattache pourtant les mots *noxiamve duplionemve decerni* au seul cas de l'impubère, sans doute parce que ces mots évoquent l'idée d'un abandon noxal, et qu'on envisage l'abandon noxal dans sa forme classique : en se plaçant à ce point de vue, on ne comprendrait pas, en effet, un abandon noxal portant sur une personne *sui iuris*, et, à fortiori, un abandon noxal portant sur une personne mise à mort. — Mais on remarquera : 1° que notre texte distingue, non pas comme on s'y attendrait, les *alieni iuris* et les *sui iuris*, mais bien les pubères et les impubères, distinction qui n'a rien à voir avec le système classique de la noxalité ; 2° que l'abandon noxal peut parfaitement porter sur le cadavre du délinquant, comme cela résulte des *Fragments d'Autun*, n. 82 et sqq. Les héritiers du délinquant abandonneront son cadavre s'ils ne veulent pas le racheter en payant la composition au double.

[4] A moins qu'il ne faille adopter une correction comme celle que propose Schoell (*XII Tabulae*, p. 144) : *noxiamve duplione decidi*, ou comme celle que proposent J. Gothofroy, Dirksen (*XII Tafeln*, p. 547), Huschke (*Gaius, Beiträge zur Kritik seiner Institutionen*, 1855, p. 122, n. 23) et Voigt (*XII Tafeln*, I, p. 720, 11) : *noxiamque duplione decerni*. Evidemment, ces corrections simplifieraient l'interprétation du texte ; mais elles sont arbitraires. En s'en tenant à la leçon des manuscrits, qui oppose *noxiam decerni* et *duplionem decerni* comme les deux termes d'une alternative offerte au coupable, on ne peut guère songer qu'à une institution analogue à la noxalité de l'époque historique. Analogue, mais non identique. Il y a identité, il est vrai, lorsque le coupable est *alieni iuris*. Mais le texte ne prévoit pas qu'il le soit nécessairement, contrairement à ce que suppose Mommsen en note sur Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], p. 31, 9). Lorsque le coupable, pubère ou non, est *sui iuris*, on s'écarte forcément des règles de la noxalité. Le coupable doit lui-même composer au double, s'il est solvable, ou se livrer à la vengeance de sa victime. Peut-être trouvons-nous dans ce texte le pont qui relie la théorie du *nexum* à celle de la noxalité. Cf. Huvelin, V° *Nexum*, dans le *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio, p. 83 ; Pacchioni, Venezia, [illegible] e [illegible] nascenze. *Mélanges P. F. Girard*, Paris, 1912, II, pp. [illegible]

Nous n'avons sur ce cas de *furtum*[1] aucun autre témoignage que celui de Pline[2], ce qui s'explique peut-être parce qu'il avait disparu de bonne heure[3]. Néanmoins, on peut tenter de rechercher la source qu'a suivie ici Pline, à l'aide de l'*Index des sources (Elenchus auctorum)* qu'il a placé en tête de son livre. Cet index mentionne[4] que le livre XVIII se compose d'extraits

ex auctoribus : Masurio Sabino, Cassio Hemina, Verrio Flacco, L. Pisone, Cornelio Celso, Turranio Gracile, D. Silano, M. Varrone, Catone censorio, Scrofa, Sasernis patre et filio, Domitio Calvino, Hygino, Vergilio, Trogo, Ovidio, Graecino, Columella, etc., etc.

Des recherches faites sur les *Indices* de Pline, surtout depuis le milieu du XIXe siècle[5], il résulte que l'ordre des noms dans l'index d'un livre donné reproduit approximativement l'ordre de l'utilisation des sources dans ce même livre[6]. Cette règle n'est pas absolue et comporte beaucoup d'exceptions. Bon nombre d'inversions et de retouches sont dues à des additions faites après coup; certains auteurs utilisés à plusieurs reprises dans un même livre ne sont

[1] Les charmes par lesquels une personne attire dans son champ les moissons d'autrui (*alienam segetem pellicere*. Serv., sur Verg., *Ecl.*, VIII, 99) rentrent en effet dans l'*occentatio*, et non dans le *furtum*. Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain (Mélanges Appleton*, 1903), p. 63, 2.

[2] Sauf peut-être l'allusion de Paul., *Sent.*, II, 31, 24 (*Supra*, p. 62, n. 2). Encore se réfère-t-elle visiblement, dans sa partie finale, au droit prétorien, puisqu'elle parle d'une composition pécuniaire au double, et non plus de la peine capitale.

[3] Mommsen, *R. Strafecht*, p. 773; trad. Duquesne, III, p. 81.

[4] *C. Plini Secundi Naturalis Historiae libri XXXVII*, éd. Car. Mayhoff, Lipsiae, 1906-1909, I, p. 57; et *C. Plinii Secundi naturalis historia*, rec. D. Detlefsen, Berolini, 1866-1882, I, p. 42.

[5] L'ouvrage capital est celui de Brunn, *De auctorum indicibus Plinianis disputatio isagogica (Universitäts programm)*. Bonn, 1856. Voy. aussi en dernier lieu Muenzer, *Beiträge zur Quellenkritik der Naturgeschichte des Plinius*. Berlin, 1897, et le résumé dans Schanz, *Gesch. der r. Litteratur*, II, 2², p. 377-380; Teuffel-Kroll-Skutsch, *Geschichte der römischen Literatur*, II⁶, 1910, pp. 290-293.

[6] Les quelques extraits qui sont donnés avec le nom de leur auteur confirment sensiblement cette règle. Ainsi dans notre livre XVIII, Cassii Hemina est cité dès le chapitre II (XVIII, 2, 20); Verrius Flaccus, dès le chapitre VII (XVIII, 7, 62); D. Silanus, dès le chapitre V (XVIII, 5, 23); Varron, dès les chapitres IV, V, VII, etc. (XVIII, 4, 17; 5, 23; 7, 56, etc.); Caton, dès les chapitres III, V, VI, etc. (XVIII, 3, 11; 5, 26, 27, 28, 29, 30; 6, 34, 36, etc.). Comme Pline ne cite dans son texte ni tous les auteurs à qui il fait des emprunts, ni chaque auteur toutes les fois qu'il lui fait des emprunts, le principe doit s'appliquer plus rigoureusement que les exemples donnés ici ne le font paraître.

mentionnés qu'une seule fois dans l'index correspondant. Malgré ces réserves, nous pouvons admettre qu'un témoignage inséré au début d'un livre ne peut guère émaner d'un auteur cité en fin de liste. Si nous faisons l'application de cette idée au témoignage qui nous intéresse et qui se trouve placé au début du livre XVIII (c. 3), nous devrons supposer que le nom de son auteur figure au commencement de l'*elenchus auctorum* de ce livre. Nous ne pouvons, dès lors, hésiter, vu le genre d'information dont il s'agit, qu'entre Masurius Sabinus et Verrius Flaccus, qui occupent respectivement dans cette liste le premier et le troisième rang. Varron, à qui on pourrait songer ensuite, est relégué un peu plus loin (au huitième rang[1]).

Mais avons-nous quelque raison de prendre parti entre Sabinus et Verrius Flaccus? Notre texte, étant un texte juridique, pourrait provenir du seul jurisconsulte cité ici par Pline[2]. A plus forte raison l'hypothèse serait-elle acceptable si l'on remarquait qu'il s'agit d'un précepte relatif à un cas de *furtum*, et que Mas. Sabinus est le seul auteur, à notre connaissance, qui ait écrit un traité *De Furtis*. Toutefois ces considérations ne suffiraient pas à exclure Verrius Flaccus. Souvent Pline a puisé des données juridiques chez des auteurs qui n'étaient pas juristes[3], et Verrius a pour lui sa place dans l'*Elenchus* (après Cassius Hemina, cité précisément dans le texte au chapitre II). Peut-être cependant peut-on relever un indice qui fixe l'attention sur Sabinus plutôt que sur Verrius Flaccus : il se tire de la concordance frappante qui existe entre les termes qu'emploie Pline et ceux qu'emploient Aulu-Gelle et Gaius à propos du *furtum manifestum* :

[1] Mueller, *op. cit.*, p. 259, croit que Pline a emprunté directement à Varron toutes les notices de ce genre. On remarquera que notre hypothèse se détache de la sienne que parce que nous admettons, entre Pline et Varron, l'intermédiaire d'un ou plusieurs intermédiaires (Sabinus? Verrius Flaccus?).

[2] Remarquons que Mas. Sabinus est souvent cité par Pline (dans les indices pour les livres 7 : 10 ; 14 16 ; 18, 21, 22) et dans le texte (VII, 40 ; X, 20 ; XV, 128 135 ; XVI, 75 ; 236 ; XXVIII, 142). Ces indications sont équivoques (Schanz, II, 2[2] 1901, p. 368. Voy. aussi Mueller, *op. cit.*, pp. 347-350).

[3] Dirksen, *Die Quellen der Historia Naturalis des Plinius*, insbesondere der römisch-rechtlichen, *Hinterlassene Schriften*, I, 148.

Plin., XVIII, 3, 12	Gaius, III, 189
Frugem... furtim noctu pavisse	Pœna manifesti furti
ac secuisse	
puberi XII Tabulis	ex lege XII Tabularum
capital erat.....	capitalis erat.
. . . . .	Gell., *N. A.*, XI, 18, 8
Impubem	Pueros impuberes
praetoris arbitratu	praetoris arbitratu
verberari (iubebant)	verberari voluerunt
noxiamve	noxiamque
duplionemve decerni.	ab his factam sarciri.

Si le parallélisme ne s'affirmait que dans la dernière phase, on pourrait se contenter de l'explication de Dirksen[1], pour qui les deux témoignages se ressemblent, parce qu'ils reposent sur deux préceptes identiquement rédigés des Douze Tables[2]. Effectivement, on ne peut méconnaître dans ces témoignages des citations presque textuelles, modifiées seulement par une transposition au style indirect, selon le procédé que nous connaissons[3], c'est-à-dire par la substitution, à l'impératif original, d'un indicatif *(lex iubet...; decemviri iubebant... voluerunt...)* suivi d'un infinitif. Mais l'idée d'une citation n'explique pas tout, car la coïncidence porte sur un autre point : la désignation du délit comme *capital*. Ici, rien n'indique une citation, même transposée au style indirect, et nous avons signalé des indices qui nous portent à penser que les préceptes sur le *furtum manifestum* n'étaient point construits sur un *capital esto*[4]. Nous avons d'ailleurs une raison de croire que Verrius Flaccus n'avait pas fourni à Pline ses renseignements sur le *fruges furtim noctu pavisse :* l'abrégé de Paul Diacre atteste, en effet, que Verrius Flaccus, et Festus après lui, si tant est qu'ils reproduisent la disposition des Douze Tables sur la matière, le font d'après une tradition distincte, où il est question, non de *pascere fruges... furtim noctu*, mais d'*impescere in laetam segetem*[5]. Si ténus que soient ces arguments, ils nous paraissent fournir les éléments d'une petite proba-

[1] Dirksen, *XII Tafeln*, p. 545.
[2] Hypothèse qui autorise les corrections conjecturales signalées plus haut.
[3] *Supra*, p. 44.
[4] *Supra*, p. 58.
[5] Paul. Diac., éd. M., p. 108; éd. Th., p. 77 : Impescere in laetam segetem pascendi gratia immittere.

bilité en faveur de l'attribution à Masurius Sabinus de l'information reproduite par Pline. Sabinus doit être la source immédiate de Pline. Quant à la source éloignée dont s'est inspiré Sabinus lui-même, il faut sans doute la chercher chez Varron[1].

7

Reste à écarter une difficulté. Le précepte des Douze Tables que rapporte Pline ne prévoyait que le délit consistant à *fruges furtim noctu pavisse ac secuisse*. N'existait-il pas aussi dans le recueil décemviral une disposition large, sanctionnant une autre forme de *furtum*, le délit consistant à *arbores furtim caedere?*

Assurément non. Les Douze Tables ne connaissaient qu'un délit d'*arbores iniuria caesae* (ou *succisae*[2]?), qui rentrait dans la notion générale de l'*iniuria*[3] et emportait une *pœna* de 25 as par arbre mutilé. C'est le préteur qui a créé le délit d'*arbores furtim caesae*, qui rentre dans la notion générale du *furtum*, et emporte une *pœna* du double de l'intérêt lésé. Rien n'est mieux établi que cette distinction[4], et il n'y aurait pas lieu d'y insister, s'il n'existait sur la matière un texte ambigu, qui a permis à un auteur isolé (Karlowa) de proposer un système différent de celui qui a généralement cours. C'est un texte de Paul (*l. IX ad Sabinum*) ainsi conçu :

Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait : sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet[5].

Il semble résulter de là que le délit *arborum furtim caesarum* tombait sous le coup de la loi *Aquilia* et de la loi des Douze

[1] *Infra*, c. XI, § 5.

[2] Pline, *H. N.*, XVII, 1, 7.

[3] Huvelin, *La notion de l'iniuria*, p. 98. Nous ne croyons pas que les objections de M. Kübler (*Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 444) puissent prévaloir contre le double argument qui se tire du témoignage de Pline, où l'on trouve à la fois le nom et la sanction ordinaire (*pœna* de 25 as) du délit d'*iniuria*. M. Kübler est obligé, pour le contester, de contredire un texte formel. Il n'explique pas pourquoi le mot *iniuria* ne désignerait pas, ici comme ailleurs, la violence matérielle, et pourquoi, par suite, le délit d'*arbores iniuria caesae* ne supposerait pas un délit d'*arbores furtim caesae* comme l'*iniuria* suppose le *furtum*.

[4] Lenel, *Edit.*, II, pp. 60-61 (*Edictum*[3], pp. 326-327).

[5] *Dig.*, 47, 7, fr. 1 (Lenel, *Paling.*, I, col. 1279, n° 1805).

Tables[1] ; et comme d'ailleurs l'Edit du préteur n'est pas mentionné dans le même texte, on peut conclure que l'action *arborum furtim caesarum* a sa source dans les Douze Tables. M. Lenel a soutenu, il est vrai[2], que ce texte est interpolé, parce que l'expression *dandam* est impropre pour une action civile. Les compilateurs, qui éliminaient l'ancienne action civile, ont cherché, dit-il, à faire croire que l'action *arborum furtim caesarum* lui était identique : c'est cette préoccupation qui les a amenés à effacer ici la mention de l'action prétorienne. Nous ne croyons pas que ceci soit exact. Car des mots *dandam actionem* dépendent non seulement les mots *ex (lege) duodecim tabularum*, mais aussi les mots *ex lege Aquilia;* s'il y a impropriété dans un cas, il y a aussi impropriété dans l'autre, puisque l'action de la loi Aquilia est une action civile[3]. L'interpolation, si elle existe, ne se limite donc pas aux mots *ex duodecim tabularum*. Elle atteint même tout le fragment, puisqu'il poursuit : *Trebatius ita utramque dandam...* L'hypothèse d'une interpolation aussi radicale, qui bouleverserait toute l'économie du texte, devient difficilement soutenable.

Il nous semble qu'on peut proposer une autre solution. L'expression *dandam... actionem* ne s'applique pas, il est vrai, à la délivrance d'une formule d'action civile lorsque cette action fonctionne régulièrement et normalement. Mais elle s'applique parfaitement quand le préteur doit examiner s'il convient de délivrer une formule civile hors de sa sphère d'application première[4], par exemple en en interprétant les termes autrement qu'on ne l'avait fait jusque-là. Or l'action de la loi Aquilia ne sanctionnait normalement que le *damnum iniuria datum*, c'est-à-dire, d'après la signification technique ancienne du mot *iniuria*[5], le dommage causé par violence

[1] Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 796. Cf. une autre interprétation du même texte, également inacceptable, dans C. Sell, *Die actio de rupitiis sarciendis der XII Tafeln*. Bonn, 1877, p. 11, 1.

[2] Lenel, *Edit*, II, p. 61, 1 : *Edictum*², p. 326, 9.

[3] Ce qui apparaît nettement si l'on essaie de restituer le texte primitif d'après le système de Lenel, en une forme telle que « ex lege Aquilia et ex edicto dandam actionem ».

[4] Krueger, *Ueber dare actionem und actionem competere in der justinianischen Compilation. Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XVI (1895). R. A., pp. 1-6 ; Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht. Zeitschr. der Savigny-Stiftung*. R. A., XXXII (1911), p. 65.

[5] Huvelin, *Notion de l'iniuria*, pp. 87 et sqq.

matérielle[1]. A l'époque classique, il est vrai, l'action de la loi Aquilia s'appliquait plus largement et sanctionnait tout dommage causé par la faute du délinquant; *iniuria* était alors devenu synonyme de *culpa*[2]. Cette évolution, commencée sous l'influence de Servius[3], a dû s'achever vers le début de l'Empire[4]. Pour étendre l'action de la loi Aquilia au cas d'*arbores furtim caesae*, c'est-à-dire à une infraction commise *furtim*, il n'y avait pas besoin de changer la formule, il suffisait de réformer l'interprétation admise jusque là du mot *iniuria* qui y figurait[5]. Mais, bien que cette action ne constituât point, à proprement parler, par cette interprétation extensive qui respectait la teneur de la formule, une action utile, on conçoit pourtant que Labéon se servit, pour indiquer cet élargissement, de l'expression *dandam actionem*.

Les mots *ex (lege) duodecim tabularum dandam actionem* doivent s'expliquer d'une façon analogue. N'existait-il pas, dans les Douze Tables, une action qui pouvait fournir un point d'appui au développement d'une action *arborum furtim caesarum*? Nous avons vu que l'infraction consistant à couper *furtim* et *noctu* les moissons d'autrui imposait à l'auteur du délit, pubère ou impubère, l'alternative de composer au double ou d'être abandonné à la vengeance du volé. Lorsque la répression religieuse, qui, pour le pubère, s'ajoutait à cette répression privée, eut disparu, la répression privée parut au premier plan. L'action prétorienne *arborum furtim caesarum* doit se rattacher à elle. Il a suffi que le préteur imitât, en l'étendant aux *arbores*, l'action que les Douze Tables donnaient seulement pour les *segetes*. Il n'a eu pour cela à toucher ni à l'élément qualificatif du délit, la furtivité, ni au tarif de la *poena*, qui reste du double[6]. Cette évolution explique la perpétuité de l'action

[1] C'est à la notion ancienne de l'*iniuria* que nous rattachons l'exigence, dans le *damnum*, d'un dommage causé *corpore* et *corpori*.

[2] Voy. surtout Ulpian., *l. XVIII ad edict. Dig.*, 9, 2, fr. 5.

[3] Vernay, *Servius et son école*, Paris, 1909, pp. 241 et sqq.

[4] Perniçk, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867, pp. 31 et sqq.; *Labeo*, II, 2[2], pp. 60 et sqq.

[5] Si la formule était conçue en la forme : Si paret N^m N^m rem iniuria secuisse frregisse rupisse ..., elle pouvait évidemment englober le délit d'*arbores furtim caesae*, pourvu qu'*iniuria* fût pris dans le sens de *culpa*, et non dans le sens de violence ouverte.

[6] Notons aussi que le mot *secare* reste employé pour désigner le fait délictueux, sous sa forme composée *subsecare*. Paul., *l. IX ad Sabin. Dig.*, 47, 7, fr. 5 pr.

arborum furtim caesarum, que Karlowa attribue à tort à l'influence des règles de l'action *arborum iniuria caesarum*[1].

Le système que nous proposons trouve sa confirmation dans un texte décisif de Paul : « Sive seges per furtum, sive quaelibet arbores caesae sint, in duplum eius rei nomine reus convenitur[2] ». Le rapprochement entre la *seges caesa* et les *arbores caesae* est significatif. Remarquons d'ailleurs que ce texte n'aurait aucune raison d'être s'il se bornait à relater des applications de l'action *furti nec manifesti* ordinaire : l'allusion aux *arbores furtim caesae* ne se comprend que parce qu'il existe un édit prétorien sur la matière. De même l'allusion à la *seges per furtum caesa* ne se comprend que s'il a existé un précepte spécial pour la répression de ce délit : c'est évidemment le précepte des Douze Tables. L'action *arborum furtim caesarum* ne diffère de l'action *segetis furtim caesae* que par des détails peu importants[3].

Dans ces conditions, le texte ambigu « et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait » s'explique sans supposer une interpolation. Mais il n'autorise point à confondre en un seul les deux délits *arborum iniuria caesarum* et *arborum furtim caesarum*.

8

Nous possédons une partie de la disposition des Douze Tables sur le *furtum nec manifestum*. Elle est rapportée par Festus[4], à l'appui des remarques qu'il présente sur l'emploi particulier de la conjonction *nec* dans l'ancienne langue latine[5] :

Nec coniunctionem grammatici fere[6] dicunt esse disiunctivam

[1] Ulpian., *l. XXXVIII ad edict. Dig.*, 47, 7, fr. 7, 6. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 797.

[2] Paul., *Sent.*, II, 31, 24 (25).

[3] L'action prétorienne nouvelle ne s'applique point aux *segetes*. Cela résulte par exemple de Gaius, *l. I?? ad legem duodecim tabularum* (remarquons cet intitulé!). *Dig.*, 47, 7, fr. 4 : Certe non dubitatur, si adhuc adeo tenerum sit, ut herbae loco sit, non debere arboris numero haberi.

[4] Festus, éd. M., p. 162; éd. Th., p. 162. L'abrégé de Paul Diacre, dans sa partie correspondante, ne reproduit pas la disposition sur le *furtum nec manifestum*.

[5] Cf. Mueller, dans son édition de Festus, p. 387 (*Supplementum annotationis* pour la p. 163). Sur l'emploi de *nec* dans la langue religieuse, voy. Friedrich, *Catulli Veronensis liber*, Leipzig et Berlin, 1908, p. 176.

[6] Nikolsky, *XII Tablitz*, p. 69, 4, conjecture qu'il y avait ici : fere omnes.

ut nec legit nec scribit, cum si diligentius inspiciatur, ut fecit Sinnius Capito, intellegi possit, eam positam esse ab antiquis pro non, ut et in XII est : « ast ei custos nec escit », item : « Si adorat furto, quod nec manifestum erit ».

Ici Festus ne suit pas Verrius Flaccus, sa source ordinaire. Il suit un autre grammairien du début de l'Empire, Sinnius Capito[1].

A ce témoignage sur le précepte même s'ajoutent quelques gloses[2], qui semblent avoir été écrites pour en éclaircir certains termes pris isolément, notamment les mots *nec manifestum* et *adorare*.

Les mots *nec manifestum* font l'objet d'une glose recueillie dans les *Glossae graeco-latinae*[3] :

'Αφανερόν nec manifestum.

Le mot *adorare* fait l'objet de plusieurs gloses. L'une d'elles, recueillie par Festus, ne nous est parvenue que dans le résumé de Paul Diacre[4] :

Adorare apud antiquos significabat agere; unde et legati oratores dicuntur, quia mandata populi agunt.

Notons qu'en effet *agere mandata alicuius* signifie non pas *exécuter les instructions de quelqu'un* ou *s'acquitter d'une mission donnée par quelqu'un*, mais *transmettre les paroles de quelqu'un, exposer ce qu'on a reçu mission (d'exposer)*. Citons par exemple en ce sens un passage d'Ovide[5] :

> Postquam congressu primo sua verba tulerunt
> Cecropidae, Cephalus peragit mandata, rogatque
> auxilium.

Dans ce passage, Céphale rapporte ce qu'on l'avait chargé de dire *(peragit mandata)* : il s'agit d'un exposé oral fait pour le compte d'un mandant. *Agere*, pris isolément, et *adorare*, qui, d'après Festus, est son équivalent dans l'ancienne langue, doivent donc signifier

[1] Sur Sinnius Capito, voy. Schanz, II, 1², 1899, pp. 340-341.

[2] On pourrait être tenté de mentionner ici une glose d'apparence assez énigmatique : Adorata, furta, id est ea quae ex furtis sunt (Goetz, *Corp. gloss. latin.*, V, 437, 23). Mais M. Goetz a établi que cette glose est corrompue, et qu'on doit la restituer de la façon suivante : Adorea, farrea, id est ea quae ex farre sunt. Goetz, *Index*, Iéna, 1889, p. VIII.

[3] Goetz, *Corp. gloss. latin.*, II (1888), p. 252, 23.

[4] Festus, éd. M., p. 19 (éd. Th., p. 14). Cf. Fest., éd. M., p. 182.

[5] Ovid., *Metam.*, VII, 501-503. Cf. v. 505 : Sic, ubi mandatum iuvit facundia causam...

exposer en public, *plaider*, peut-être *intenter* ou *suivre un procès*. Cela se confirme par l'étymologie certaine d'*adorare*[1], et par un certain nombre de gloses qu'on doit rapprocher de celle de Festus.

Servius, sur Verg., *Æn.*, X, 677[2] :

« *Turnus adoro* », id est iuxta veteres qui adorare adloqui dicebant; nam ideo et adorea laus bellica, quod omnes eum cum gratulatione adloquebantur, qui in bello fortiter fecit.

Placidus librorum romanorum[3] :

Adorans alloquens.

Placidus libri glossarum[4] :

Adorans adloquens.

Il faut sans doute traduire : « *Si adorat furto...* » par : « Si une personne en accuse une autre de vol... », et se garder de vouloir entendre étroitement ces mots, comme on le fait ordinairement[5], du fait d'intenter une action en justice. « *Si adorat furto...* » peut s'appliquer aussi bien à une réclamation extrajudiciaire. Dans la procédure extrajudiciaire de la *quaestio lance licioque*, il existait aussi, semble-t-il, une sorte de sommation du volé au maître de maison (*ad dominum appellare*[6]). La disposition sur le *furtum lance licioque conceptum* pouvait commencer aussi par les mots *si adorat furto*.

Les témoignages philologiques que nous venons de passer en revue ne nous renseignent point sur la répression attachée au *furtum nec manifestum*. Nous devons recourir, pour combler cette lacune, à d'autres témoignages, qui ne nous fournissent pas de citation textuelle. Le plus ancien émane de Caton, c'est-à-dire d'un

[1] Berger, *Beiträge zur lateinischen Grammatik*, I, p. 49, n. 1, cité par Riccobono (dans Riccobono-Baviera-Ferrini, *Fontes*, p. 50). *Furto* est un ablatif pour *de furto*, ou un ancien accusatif.

[2] Servius, éd. Hagen et Thilo, II, 1884, p. 459, 11-13.

[3] Goetz, *Corp. gloss. latin.*, V (1894), p. 7, 36.

[4] Goetz, *C. G. L.*, V, p. 44, 22. On peut joindre à ces gloses des témoignages comme ceux d'Apul., *Mét.*, 2, 29; 3, 3 et 10, 12; Ovid., *Heroid.*, X, 141, etc., où *adorare* est pris dans le même sens. Voy. *Thesaurus linguae latinae*, V° Adoro, 1°, I, c. 819.

[5] Huschke, *Gaius*, p. 124; *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1874, pp. 437-438; Schœll, *XII Tabulae*, p. 41.

[6] Cf. (*Infra*, c. VII, § 1) l'anecdote du *furtum* commis par Tremellius Scropha. Macr., *Sat.*, I, 6, 30 : (Vicinus) ad dominum appellat restitui sibi pecudem.

auteur qui connaissait directement les anciens préceptes sur la matière.

Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanto peiorem civem existimarint feneratorem quam furem, hinc licet existimare[1].

Evidemment, Caton n'a en vue que le *fur nec manifestus ;* ce sont les taux respectifs des compositions pécuniaires dont on frappe le voleur et l'usurier qui lui fournissent entre eux un terme de comparaison. D'où l'on peut même tirer une nouvelle preuve de l'inexistence dans les Douze Tables de la composition pécuniaire au quadruple contre le *fur manifestus :* si cette composition existait, l'argumentation de Caton manquerait de base.

D'autres témoignages ne se rattachent aux Douze Tables que par l'intermédiaire de Masurius Sabinus. Ce sont, d'une part, celui d'Aulu-Gelle[2] :

Aliis deinde furtis omnibus, quae nec manifesta appellantur, pœnam imposuerunt dupli *(sc.* decemviri).

D'autre part, celui de Gaius[3] :

185. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur. Nam quod manifestum non est, id nec manifestum est[4].

190. Nec manifesti furti pœna per legem <XII> tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat[5].

Ainsi, dès le temps des Douze Tables, le *furtum nec manifestum* apparaît soustrait, au moins en règle générale, au régime de la vengeance privée. Il entraîne une composition légale du double.

Plusieurs éditeurs des Douze Tables utilisent cette donnée pour essayer de restituer dans son intégralité le précepte dont nous

[1] Cato, *De agricultura*, Praef., 1. Ed. Keil, I, 1884, p. 11.

[2] Gell., N. A., XI, 18, 15.

[3] Gaius, III, 185 et 190.

[4] Just., *Inst.*, IV, 1, 3, *in fine :* Nec manifestum furtum quid sit, ex his quae diximus intellegitur; nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est. *Institutionum paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, IV, 1, 3, éd. Fabrini, Berolini, 1884-1897, p. 384. *Brachylogus*, III, 20, 3, éd. Beckings, p. 119.

[5] Just., *Inst.*, IV, 1, 5 : Pœna manifesti furti quadrupli est... nec manifesti dupli. *Institutionum paraphrasis*..., IV, 1, 5, p. 385. *Brachylogus*, III, 20, 9, éd. Beckings, p. 111 (*Supra*, p. 61). Harmenopulus, *Hexabiblos*, éd. Heimbach, V, 2, p. 756; cf. V, 11, p. 748.

possédons le début. Ils se bornent pour cela à juxtaposer à ce début les mots *duplione damnum decidito*, que les Douze Tables emploient à d'autres places pour prescrire une condamnation au double[1]. Ils proposent donc la restitution suivante :

Si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decidito[2].

Cette restitution simpliste, en une matière si complexe et si pleine d'incertitudes, soulève bien des doutes. Nous ne croyons pas qu'on puisse souder immédiatement le *duplione damnum decidito* au *si adorat furto*, et faire dépendre la composition légale directement et exclusivement d'une demande (extrajudiciaire ou judiciaire) : entre la demande et l'attribution de la composition, il faut de toute nécessité intercaler un mécanisme intermédiaire tendant à évaluer le *damnum* en cause. Ce sera une procédure d'estimation, un arbitrage, qui fixera le montant de l'intérêt litigieux à multiplier par deux. Que la question de culpabilité soit réglée entre les parties à l'amiable, ou au moyen d'une action (sans doute *per sacramentum*), la liquidation de la composition légale nécessite toujours un *arbitrium liti aestimandae*[3]. Et c'est la mention de cet *arbitrium* qui doit conditionner le *duplione damnum decidito*. Il n'y a pas là une hypothèse gratuite. Elle s'appuie sur le texte même du précepte auquel on a emprunté, pour la transporter au *furtum nec manifestum*, la formule *duplione damnum decidito*. C'est le précepte relatif aux *vindiciae*[4], qui est ainsi conçu :

[1] Voy. notamment Festus, V° *Vindiciae*, éd. M., p. 376; éd. Th., p. 574; peut-être aussi Plin., *H. N.*, XVIII, 3, 12 (Cf. Schœll, *XII Tabulae*, p. 144 : duplione decidi). *Supra*, p. 63, n. 4.

[2] Ainsi Schœll, Tab. VIII, 16, p. 147; Voigt, *XII Tafeln*, Tab. VII, 3, t. I, p. 717; Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], Tab. VIII, 16, p. 33; Nikolsky, Tab. VII, 6, p. 10; Riccobono, *Fontes*, Tab. VIII, 16, p. 49. Cf. Huschke, *Gaius*, p. 121 (avec la variante *decernito* au lieu de *decidito*), et *Multa und Sacramentum*, p. 436, n. 225. Par contre, Dirksen, pp. 459, 487, 736, et Girard, *Textes*[4], Tab. VIII, 16, p. 19, ont évité cet écueil.

[3] Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule. Mélanges Gérardin*, 1907, notamment p. 335, 2.

[4] Festus, V° *Vindiciae*, l. c. Le lien entre l'*arbitrium* et la composition légale au double est la seule chose qui nous intéresse dans ce texte (sur lequel voy. Petot, *Fructus duplio. Etudes d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard*, II, 1913, pp. 228 et sqq.). Sinon, nous devrions faire toutes nos réserves sur la restitution <*prae*>*tor* déjà admise par Mueller (p. 378, notes 28-29) et adoptée notamment par Schœll, *XII Tabulae*, XII, 4 (3), p. 161 ; Huschke-Seckel-Kuebler, *Iuris-*

In XII : Si vindiciam falsam tulit, si velit is... <prae>tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decidito.

Ainsi l'ordre de composer au double fait dépendre cette composition de l'organisation d'un arbitrage. Si par hasard le texte, encore plus mutilé, ne nous eût livré que les deux lambeaux de phrase : « Si vindiciam falsam tulit... » et « fructus duplione decidito », serions-nous fondés à les accoler bout à bout, en faussant par ce rapprochement le sens de tout le précepte ?

Toutefois gardons-nous, en cette matière, d'une exagération. Hitzig, au lieu de se borner, comme nous le faisons, à supposer qu'il existait, entre le *si adorat furto* et le *duplione damnum decidito*, une ou plusieurs dispositions intermédiaires, a révoqué en doute l'existence même du *duplione damnum decidito*[1]. Il s'appuie, pour effacer ces mots, sur le témoignage d'Ulpien (*fl. XI ad edictum*[2]) :

Ergo si potuit (minor) pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur.

Ce texte établit que *damnum pro fure decidere* et *actionem dupli pati* sont deux choses différentes, et que la seconde est plus désavantageuse que la première pour le voleur. Hitzig en conclut que la condamnation au double du *fur nec manifestus* ne pouvait s'exprimer dans les Douze Tables en la forme *damnum decidito*. L'argumentation ne nous paraît pas décisive[3]. Car les mots *damnum decidere*, qui signifient proprement *transiger*, *composer*, sont susceptibles de s'appliquer à deux cas assez différents. Tantôt, ils s'appliquent au cas d'une composition conventionnelle et volontaire, et tantôt au cas d'une composition légale et obligatoire[4].

prudentiae Anteiustinianae reliquiae», 1908, I, p. 34, etc. : car cette restitution soulève de grosses difficultés chronologiques : il faudrait établir que le précepte en question, rattaché à un recueil que les annalistes placent en 305, serait, en réalité, postérieur aux lois Liciniennes de 387, — ou bien que la préture existait avant les lois Liciniennes.

[1] Hitzig, *Beiträge zur Lehre vom Furtum. Zeitschr. der Savigny-Stiftung* XXIII (1902), R. A., p. 325.

[2] *Dig.* 4, 4, fr. 9, 2.

[3] Dans notre sens, Riccobono, *Fontes*, p. 49, sous Tab. VIII, 16 A.

[4] C'est à la composition légale que s'appliquent les mots *pro fure damnum decidere* dans la formule de l'action *furti nec manifesti* (Gaius, IV, 37). Mais le mot *decidere* s'applique aussi à la composition volontaire, comme le prouve la constitution de Dioclétien et Maximien citée plus loin (*Infra*, p. 76).

Lorsque l'indication d'un tarif déterminé imposé aux parties s'y trouve jointe (p. ex. duplione damnum decidere), ils s'entendent nécessairement de la composition légale qui fait l'objet de la condamnation d'une action pénale (ici de la condamnation de l'action *furti nec manifesti*[1]). Mais la victime du délit peut souvent, au lieu d'exiger la composition légale par la procédure appropriée, se contenter de la composition volontaire. Précisément, les Douze Tables admettent expressément la composition volontaire pour le délit de vol, ainsi que cela résulte de plusieurs textes :

Ulpien (*l. IV ad edictum*[2]) :

Nam et de furto pacisci lex permittit.

La composition volontaire acceptée par le volé lui enlève le droit d'agir désormais *furti*.

Constitution de Dioclétien et Maximien[3] (année 293) :

Post decisionem furti leges agi prohibent.

La composition conventionnelle est bien désignée ici du nom de *decisio (damnum decidere)*.

La loi Julia (709) a soin de distinguer le voleur qui a été condamné de celui qui a transigé[4] :

Quei furtei quod ipse fecit fecerit condemnatus pactusve est erit...

En partant de ces textes, le témoignage d'Ulpien invoqué par Hitzig s'explique sans difficulté. Autre chose est, en effet, pour le voleur et sa victime, de composer conventionnellement, à des conditions transactionnelles sans doute moins dures que les conditions légales, autre chose de mener jusqu'à son terme la procédure aboutissant à la *pœna* tarifée par la loi. Si Ulpien n'avait craint une répétition oiseuse, il aurait pu exprimer son idée en la forme : « Si potuit pro fure damnum decidere magis quam damnum duplione decidere... »

Nous croyons donc qu'il faut conserver les mots *duplione dam-*

[1] Nous parlons de *condamnation* même pour le temps des actions de la loi, en nous basant sur le texte précédemment cité de Caton : *furem dupli condemnari*. L'*arbitrium liti aestimandae*, qui servait à liquider la créance du double, se terminait régulièrement par une condamnation.

[2] *Dig.*, 2, 14, fr. 7, 14.

[3] Just., *Cod.*, 6, 2, Const. 13. Ferrini, *Diritto penale romano (Teorie generali)*, 1899, p. 355.

[4] *L. Julia*, l. 110. *C. I. L.*, I, 206; Girard, *Textes*, p. 87.

num decidito dans le précepte des Douze Tables relatif au *furtum nec manifestum*, mais sans les relier d'une façon immédiate aux mots *si adorat furto, quod nec manifestum erit.*

9

Sur la procédure de l'action *furti nec manifesti* dans le droit des Douze Tables, nous ne savons directement[1] qu'une chose : c'est qu'elle débutait par une *in ius vocatio*. Le fait est attesté, croyons-nous, par un passage de Lucilius (*Sat., lib° XVII*) rapporté par Nonius Marcellus[2] :

> « Si non it, capito », inquit « eum et si calvitur » — « Ergo fur dominum[3] ? ».

Beaucoup d'éditeurs et de commentateurs des Douze Tables se sont torturé l'imagination pour transformer ces derniers mots en une bribe de précepte juridique accolée au précédent[4] : méthode peu recommandable puisqu'elle n'a aucun appui dans les textes[5]. Le dernier en date, et le meilleur des éditeurs de Lucilius, M. Fr. Marx, a fait bonne justice de ces fantaisies, et a maintenu avec raison la leçon des manuscrits[6].

Il a, en même temps, grandement facilité l'interprétation du passage en le rapprochant d'autres fragments, tirés du même livre

[1] Ce n'est pas le lieu de discuter, dans cette étude de sources, les conjectures intéressantes que présente Hitzig, *l. c.*, pp. 325 et sqq., sur la procédure de l'ancienne action *furti nec manifesti*.

[2] Non., éd. Merc., p. 7, 1 ; éd. Lindsay, I, p. 11.

[3] C. Lucili *Carminum reliquiae*, éd. Frid. Marx, Lipsiae, 1904-1905, I, p. 38, vv. 553-554.

[4] Voy., sur les conjectures ainsi émises, Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, pp. 139-140, et Bekker dans les *Jahrbücher für classische Philologie* de Fleckeisen, 83, p. 632, note. Cujas lisait : *et si calvitur, endo iacto manum*. On suit le plus souvent la conjecture de Lud. Carrio, *Libri emendationum et opinionum*, Lutetiae, 1583, l. 2, c. 12. Selon cet auteur, le copiste de Nonius a écrit *ergo* là où le texte portait *endo*, et *furdo manum* là où le texte portait *ferto manum*. On arrivait ainsi à la restitution *endo ferto manum*. Ce système a été adopté notamment par Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 694 ; Nikolsky, *XII Tablitz*, p. 109 ; Riccobono dans Riccobono-Baviera-Ferrini, *Fontes*, p. 23 ; Bruns-Gradenwitz, *Fontes*, p. 18, 2.

[5] Remarquons qu'aucun autre témoignage n'attribue aux Douze Tables l'expression *endoferre* (= *inferre*) *manum*. Les manuscrits de Nonius ne donnent qu'une seule et même leçon.

[6] Voy. son édition de Lucilius, II, pp. 206-207, et *Zeitschr. für österreich. Gymnas.*, XLIX, p. 1091.

des *Satires*, qui se rapportent très vraisemblablement au même développement. Le poète polémique contre un plagiaire [1] qui récolte la moisson d'autrui, et qui vend sa muse à Laverna (déesse des voleurs [2]) :

Si messes facis <*et*> Musas si vendis Lavernae [3].

Ce plagiaire cherche d'ailleurs à justifier sa conduite par les principes de la philosophie stoïcienne. Il affecte de tout mépriser sauf la vertu ; on ne doit faire état, dit-il, que du bref espace de temps qui est accordé à l'homme pour jouir de toutes choses : car nul n'a rien en propre :

Cetera contemnit et in usura omnia ponit
non magna : proprium vero nil neminem habere [4].

Et, s'il en est ainsi, comment l'accuser de *furtum* ?

Que faire donc contre ce *fur* qui n'avoue pas son vol, et qui se refuse même à aller volontairement *in ius* ? Le poète le menace de l'*in ius vocatio*, et lui cite les règles des Douze Tables sur la matière [5] :

Si non it, capito, inquit (*sc.* lex) eum, et si calvitur.

Lucilius modifie d'ailleurs quelque peu le texte légal, et il réunit en un seul précepte, pour éviter une longueur [6], ce qui faisait l'objet de deux dispositions séparées [7].

Mais la menace de la loi reste ambiguë : car les Douze Tables ne précisent pas qui l'on peut saisir et traîner *in ius*. Le plagiaire profite de l'équivoque. N'est-ce donc pas le voleur qui va saisir le *dominus* ? Ergo [8] fur dominum (sous-entendu *capito*) ?

Ainsi ce passage établit l'existence de l'*in ius vocatio* au début de la procédure sanctionnant un *furtum* qui, par sa nature même, ne peut se ranger que parmi les *furta nec manifesta* [9].

[1] Marx, *Lucilii carminum reliquiae*, II, p. 205.

[2] Sur Laverna, voy. *infra*, c. IV, § 9.

[3] Non., éd. M., p. 134, 33 ; éd. Lind., I, p. 196. Marx, I, p. 38, v. 549.

[4] Non., éd. M., p. 362, 6 ; éd. Lind., II, p. 574. Marx, I, p. 38, vv. 550-551.

[5] C'est le même procédé que dans Horat., *Sat.*, II, 1, 82.

[6] *Endoiacito* est en effet à peu près synonyme de *capito*. Marx, *l. c.*, II, p. 207.

[7] La disposition *ni it, antestamino. Igitur em capito*, et la disposition *si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*.

[8] Voy. les observations de Mr Marx, *l. c.*, sur l'emploi de *ergo* dans les interrogations.

[9] Evidemment la notion du *furtum-plagiat* n'existait pas encore au temps des Douze Tables. Mais nous verrons que cette notion était déjà familière à Térence (*Infra*, c. IV, § 10).

Nous rencontrerons chez Plaute un autre exemple de cette *in ius vocatio*[1]

10

Il existe, dans les Douze Tables, une disposition spéciale[2] contre le tuteur qui a volé des valeurs appartenant à son pupille. Il est traité comme *fur nec manifestus*. Nous avons sur ce point un témoignage du jurisconsulte Tryphoninus (*l° XIV Disputationum*) :

Si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus alii teneantur : nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus, non est propterea ceteris pœnae deprecatio, quod ab uno iam exacta est[3].

Les sources de Tryphoninus se rattachent en général, semble-t-il, à la tradition sabinienne[4] ; mais nous ignorons absolument si Tryphoninus avait suivi ici les indications d'un jurisconsulte plus ancien, et de quel jurisconsulte.

De ce témoignage nous devons naturellement rapprocher, encore qu'il ne contienne pas l'un des mots *fur*, *furtum*, *furari*, un texte de Cicéron relatif à la sanction des détournements commis par un tuteur.

Cicéron, voulant montrer (*De oratore*, I, 36, 166-167) combien un orateur ignorant le droit peut desservir les intérêts de ses clients, raconte une anecdote caractéristique, qu'il tenait de Q. Mucius Scaevola[5]. C'est le récit d'une affaire plaidée devant le préteur M. Crassus par les orateurs Cn. Octavius et Hypsaeus, avec tant

[1] *Infra*, c. IV, § 5.

[2] Le texte de Tryphoninus paraît bien viser, en effet, une disposition spéciale au tuteur (= ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum ... et non une application du précepte général sur le *furtum nec manifestum*.

[3] *Dig.*, 26, 7, fr. 55, 1. Lenel, *Paling.*, II, col. 369, n° 52.

[4] Voy. Fitting, *Alter und Folge*², p. 81 : deux citations de Sabinus, six de Julien (et une note de Marcellus sur Julien), contre quatre autres citations d'auteurs postérieurs à la disparition des écoles Proculienne et Sabinienne (Scaevola : 2, et Marcellus : 1), ou d'auteurs antérieurs à leur constitution (Servius : 1 cité d'ailleurs sans doute de seconde main).

[5] Sur le fond du litige, voy. P. Huvelin, *L'arbitrium litis aestimandae et l'origine de la formule*, *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 319-354.

d'inexpérience et de maladresse que Scaevola, qui s'était arrêté par hasard à les écouter, ne savait s'il fallait en rire ou s'en fâcher. Hypsaeus plaidait pour un pupille qui accusait son ancien tuteur d'indélicatesse ; mais, par ignorance, il demandait trop, s'exposant par cette *plus petitio*[1] à perdre son procès ; Octavius, qui défendait le tuteur, au lieu de laisser son adversaire s'enferrer, se débattait pour l'empêcher d'encourir cette *plus petitio* libératrice :

166. — Potes igitur, inquit Crassus (ut alia omittam innumerabilia et immensa et ad ipsum tuum ius civile veniam), oratores putare eos, quos multas horas exspectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur?

167. Ego vero istos, inquit, — memini enim mihi narrare Mucium, — non modo oratoris nomine, sed ne foro quidem dignos putarim. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis scientia : quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat, quod cum impetrasset, causa caderet ; alter iniquum putabat, plus secum agi, quam quod esset in actione, neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

Nous connaissons la source de Cicéron : c'est Q. Mucius Scaevola. Celui-ci s'était-il borné à raconter oralement l'historiette en question soit dans ses conversations privées, soit dans son enseignement (que Cicéron avait suivi[2]), ou bien lui avait-il donné une

[1] La possibilité de la *plus petitio* nous suffit pour écarter ici le système, — soutenu en dernier lieu par Mr Costa, *Cicerone giureconsulto*, I. *Il diritto privato* (*Memorie presentate alla Classe di Scienze morali della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna dal 28 dec. 1907 al 30 maggio 1911*. Bologne, 1911, p. 57, 1) —, d'après lequel Cn. Octavius et Hypsaeus auraient plaidé sur une action *tutelae* (rei persécutoire et de bonne foi).

[2] Cic., *Lael.*, I, 1. C'est probablement aussi à l'enseignement de Q. Mucius que se rattachent certains passages du *De Officiis*, comme celui (III, 15, 61) où Cicéron parle de la disposition des Douze Tables sur la tutelle (Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim Tabulis, circumscriptio adolescentium lege Laetoria...). Mais nous ne savons pas s'il vise ici un cas de *furtum*.

place dans quelqu'un de ses écrits? Nous l'ignorons. Nous savons seulement que Q. Mucius avait traité de la tutelle dans ses *Libri iuris civilis*[1] et même dans son *liber singularis* ὅρων[2], mais aucun des textes qui nous sont parvenus ne se rapporte à l'action de vol contre le tuteur infidèle[3]. Nous ne savons pas davantage si l'allusion au *quantum lex in XII tabulis permiserat* a pour auteur Quintus Mucius ou Cicéron. En tout cas, qu'elle vienne de l'un ou de l'autre, elle se relie au texte même de la loi, que le jurisconsulte et l'orateur connaissaient tous deux directement.

II

Après avoir rapporté les dispositions relatives au *furtum* qui pouvaient se placer dans les premières des Douze Tables[4], nous arrivons à celles qui, d'après des témoignages exprès, se plaçaient plus loin : nous savons notamment que des préceptes sur le *tignum (furtivum) ædibus vineave iunctum* se rencontraient vers les tables V-VI.

Les témoignages sur la matière, assez nombreux et parfois remaniés, ont fait l'objet d'études critiques abondantes et ingénieuses[5].

[1] Voy. les textes dans Lenel, *Paling.*, I, col. 760, 23-24 ; Bremer, I, p. 85-88.

[2] *Dig.*, 50, 17, fr. 73, 1. Lenel, *Paling.*, I, col. 763, 38 ; Bremer, I, p. 104.

[3] Nous évitons de lui donner le nom d'action *rationibus distrahendis*, aucun texte relatif aux XII Tables ne la désigne ainsi ; aucun ne fait allusion à une reddition de comptes du tuteur au pupille dont elle serait la sanction.

[4] Peut-être s'étonnera-t-on de ne trouver ici ni les textes sur l'action au double donnée contre le dépositaire infidèle (Paul., *Coll.*, 10, 7, 11 et *Sent.*, II, 12, 11), ni les textes sur l'action au quadruple donnée contre l'usurier (Tacit., *Ann.*, 6, 16, et Cato, *De r. r.*, praef.) : mais aucun texte ne prononce à ce propos les mots *fur*, *furtum*, *furari* (Cf. *supra*, p. 11), et le témoignage de Caton (*supra*, p. 73) semble même marquer une opposition entre le *fur* et le *fenerator*. On s'étonnera davantage de ne pas trouver ici les textes sur la prohibition d'usucaper les *res furtivae* : mais nous croyons que c'est par l'effet d'une confusion, commise déjà par les anciens, qu'on rattache ces textes aux Douze Tables. Nous les citerons à propos de la loi Atinia (*Infra*, c. VI).

[5] Citons seulement Huschke, *Ad legem XII Tabularum de tigno iuncto commentatio*, 1837. Pampaloni, *Interpretazione della L. 63 D. de donationibus inter virum et uxorem*. *Archivio giuridico*, XXVIII (1882), pp. 156-165 ; *La legge delle XII Tavole de tigno iuncto*. *Arch. giur.*, XXX (1883), pp. 253-312, XXXI (1883), pp. 115-3, 399-400 ; *L'actio de tigno iuncto e il delitto di furto*. *Bull. dell'Istituto di diritto romano*, XXI (1910), pp. 205-221 ; Schumacher, *Ueber tignum und tignum iunctum*. Bonn, 1882, et Pampaloni, *Ancora sopra la legge de tigno iuncto*. *Arch. giur.*

Nous n'en prendrons que ce qui touche étroitement à notre sujet.

Les dispositions sur le *tignum iunctum* visent un cas particulier de *furtum nec manifestum*. On l'admet assez généralement[1], et cela résulte, non seulement du tarif du double applicable à la *pœna* de ce délit, mais encore et surtout de la place qu'occupe dans l'Edit la formule de l'action *de tigno iuncto* au milieu des formules et édits relatifs au *furtum*[2]. En outre, les textes nous donnent, croyons-nous, des indications formelles dans le même sens. Réunissons ces textes.

La tradition grammaticale, qui remonte au moins jusqu'à Verrius Flaccus, nous rapporte deux fragments des Douze Tables qui se référaient au *tignum iunctum*. Ils sont transmis par Festus. Le premier se trouve cité au mot *tignum*[3] :

Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur, sed etiam in vineis, ut est in XII : « Tignum iunctum aedibus vinea<e>ve[4], et concapit, ne solvito. »

Cette glose a dû être écrite originairement pour expliquer quelque texte dans lequel le mot *tignum* ne s'appliquait point à une pièce de charpente. Le précepte des Douze Tables fournissait un exemple attestant que ce mot s'appliquait même aux pièces de bois employées à la culture de la vigne.

La citation des Douze Tables est visiblement corrompue. Les mots *et concapit* restent en l'air. On a proposé bien des restitutions[5]. Beaucoup d'entre elles, et des plus accréditées, se heurtent

XXXIV (1885), pp. 153-171; Riccobono, *Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24. 1. Arch. giur.*, LIII (1894), pp. 521-543; LIV (1895), pp. 265-281; Voigt, *XII Tafeln*, II, pp. 574-576; Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 317-319; Lenel, *Edit*, II, pp. 53-54; *Edictum*², pp. 320-321.

[1] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 574; Riccobono, *Archiv. Giur.*, LIV (1895), p. 280, et les témoignages réunis par M. Pampaloni, *Bull. dell'Istituto*, XXI (1910), p. 206, 3. M. Pampaloni ne conclut pas, jusqu'à présent, d'une façon ferme en ce qui concerne le droit des Douze Tables.

[2] Le commentaire d'Ulpien traite du *tignum iunctum* dans son livre 37 : or on sait qu'il traite du *furtum* dans ses livres 37 et 38. Lenel, *Edit*, II, p. 53; *Edictum*², p. 320.

[3] Festus, éd. M., p. 364; éd. Th., p. 556.

[4] Cf. l'apparat critique de l'édition Mueller, p. 365, 27, et Wordsworth, *Early latin*, p. 525.

[5] Voy. l'énumération et la critique des restitutions anciennes dans Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 436-444.

à de sérieuses objections. Les restitutions *e compage* (Mommsen[1]), *e concape* (Müller[2]), *e concapidine* (Götz[3]) ou *e concapi* (Scholl[4]) introduisent un développement qui cadre mal avec la langue, concise jusqu'à l'obscurité, des Douze Tables. La restitution de Mommsen, à peu près acceptable quant au sens[5], ne l'est guère quant à la forme. Pour transformer *et concapit* en *e compage*, il faut supprimer deux lettres et en modifier quatre autres. Pour le transformer en *e concapidine*, avec M. Götz, il faut ajouter quatre lettres. Les restitutions de Müller et de Schöll, plus acceptables paléographiquement, supposent l'existence d'un mot *concapes, is*, dont nous n'avons aucun autre exemple dans la langue latine[6]. Aussi préférerons-nous des restitutions plus respectueuses du texte, telles que celles de Cujas (*et concapit<um>*[7]), de Huschke (*sei concapit, etsi concapit*[8]), ou de Nikolsky (*ut<i> concapit*[9]). La restitution *sei* (= *si*) *concapit* a pour elle bien des vraisemblances. Elle est conforme à la syntaxe ordinaire des Douze Tables[10]; elle change fort peu de chose à la leçon du manuscrit, puisqu'elle se borne à ajouter une lettre (*s*) et à en changer une autre (*t* en *i*); enfin, elle fournit une explication plausible de l'état de corruption du texte. Sans doute, le scribe a changé *sei* en *et*, parce qu'il n'a pas compris la forme archaïque *sei*.

[1] Mommsen, *Festi codicis quaternio XVI. Abhandlungen der Berliner Akad. der Wissenschaften*, 1864, p. 76.

[2] Dans son édition de Festus, p. 365, 27.

[3] Goetz, *Ad legem XII Tabularum adnotationes glossematicae Index*, Iéna, 1889, p. V.

[4] Scholl, *XII Tab.*, p. 105.

[5] Cependant, on peut se demander si *compages*, qui signifie proprement *assemblage, jointure*, peut s'entendre des *perticae* et *pedamenta* employés dans les vignes, aussi bien que des bois de charpente employés dans les édifices.

[6] Scaliger, dans ses remarques sur Festus, v° *Tignum*, a le premier formulé cette conjecture. L'analogie des mots *precapis* et *formicapis*, invoquée par Scaliger, ne suffit pas à justifier une forme entièrement conjecturale (non plus que l'analogie des mots *capedo, intercapedo* pour la forme *concapedo* « *concapedo* » allégués par M. Goetz). Voy. aussi Dirksen, *XII Tafeln*, p. 440. Wordsworth, *Early latin*, pp. 524-525.

[7] Cujas, *Observation.*, lib. 23, c. 19.

[8] Huschke, *Ad legem XII Tab. de tigno iunctio*, p. 29.

[9] Nikolsky, *XII Tabulae*, Tab. II, 8, p. 3.

[10] Cf. les formes « si in ius vocat... », « si calvitur... », « si [illegible] ... si pilos minusve secuerunt... », « si intestato moritur... ».

De la définition du *tignum* donnée par Festus, il faut rapprocher plusieurs définitions données par Gaius et par Ulpien.

Gaius, *l. XXVI ad edict. provinciale :*

Tigni appellatione in lege duodecim tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constant, significatur[1].

Gaius, *l. II rerum cottidianarum sive aureorum :*

Appellatione autem tigni omnes materiae significantur ex quibus aedificia fiunt[2].

C'est sans doute à propos de la même question que Gaius définissait aussi les *fabri tignarii (l. III ad legem duodecim tabularum) :*

Fabros tignarios dicimus non eos duntaxat, qui tigna dolarent, sed omnes qui aedificarent[3].

Ulpian., *l. XXIV ad edictum :*

Tigni appellatione omnem materiam in lege duodecim tabularum accipimus, ut quibusdam videtur[4].

Ces trois textes ont un noyau commun et procèdent apparemment d'une même source. Ils semblent n'attribuer au mot *tignum* que le sens étroit de bois de construction *(materia[5])*. En réalité, ils ne visent point à donner une définition exhaustive, ils indiquent seulement l'acception la plus ordinaire de *tignum*, sans exclure d'autres acceptions moins fréquentes. Cela apparaît si on les rapproche d'un autre témoignage d'Ulpien provenant de la même source, mais la reproduisant plus complètement.

Ulpian., *l. XXXVII ad edictum :*

Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam, ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et

[1] *Dig.*, 50, 16, fr. 62.

[2] *Dig.*, 41, 1, fr. 7, 10. Cf. Just., *Inst.*, II, 1, 29 : Appellatione autem tigni omnis materia significatur ex qua aedificia fiunt.

[3] *Dig.*, 50, 16, fr. 235, 1. Cf. Goetz, *Corp. Gloss. latin.*, II, 359, 46 : Faber tignarius λεπτουργός : II, 452, 48 : Faber tignarius τέκτων ; et surtout V, 581, 30 : Tignarius qui tecta tignis tegit ; et V, 486, 26 ; 516, 53 : Tignarius aedificator domus. Isid., *Orig.*, 19, 4 : Idem et tignarius (dictus), quia tectoria tignis inducit.

[4] *Dig.*, 10, 4, fr. 7 pr. Mr Beseler (*Beiträge*, I, p. 35) a bien vu que ce texte a été raccourci par Tribonien. Les mots *ut quibusdam videtur* remplacent quelque indication de controverse ou quelque référence littéraire supprimée par les compilateurs.

[5] Cf. Goetz, *Corp. gloss. latin.*, V, 486, 24 : Tignum trabem, materiam.

harenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta[1].

Il y a entre la définition de Festus et celle-ci un certain parallélisme.

Festus, v° *Tignum*.	Ulpian., *l. XXXVII ad edict.*
Tignum iunctum aedibus	Tigni autem appellatione
	continetur omnis materia
non solum in aedificiis	ex qua aedificium constet
	(cf. *infra* : si qua aedificiis
quo utuntur appellatur,	sunt utilia)
sed etiam in vineis.	vineæque necessaria.

Pouvons-nous supposer que ce parallélisme s'explique par l'utilisation d'une source commune ? Les jurisconsultes ne semblent guère s'être servis de Verrius Flaccus. Mais Verrius n'aurait-il pas recueilli, ici comme dans beaucoup d'endroits, un *Varronianum*, et Gaius et Ulpien n'auraient-ils pas, de leur côté, eu connaissance de ce *Varronianum* par l'intermédiaire de la tradition sabinienne ? Nous nous bornons à poser la question, qui ne paraît pas susceptible d'être résolue avec les informations dont nous disposons[2].

Mentionnons enfin, comme se rattachant certainement à la même tradition que le texte précité d'Ulpien, un passage d'Harmenopule (*Hexabiblos*, VI, 5, 10) :

Τῷ δὲ ὀνόματι τοῦ ξύλου πᾶσα ὕλη ἐπιτηδεία πρὸς οἰκοδομὴν ἢ ἀμπελῶνα περιέχεται[3].

Le second fragment des Douze Tables sur le *tignum* est donné comme exemple dans une glose écrite pour expliquer les mots *Sarpuntur vineae*, et recueillie par Festus :

Sarpuntur vineae, id est putantur, ut in XII : « Quandoque sarpta, donec dempta erunt[4]. »

[1] *Dig.*, 47, 3, fr. 1, 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 679, n° 1054. *Basil.*, 60, 12, 93, 1.

[2] Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'étymologie *tigna... a tegendo* ressemble bien à une étymologie de Varron. On retrouve une allusion à une dérivation analogue dans une glose (Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, 581, 30) : Tignarius qui tecta tignis tegit. Lenel, *Paling.*, II, p. 679, 1, soupçonne ici une glose intercalée après coup au texte. Sur cette étymologie, voy. Ciccotti, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892, p. 174, 2.

[3] Ed. Heimbach, p. 748.

[4] Festus, éd. M., p. 348 (Sarpiuntur) et éd. Th., p. 524.

Il faut joindre à ce texte un autre témoignage de Festus, malheureusement très mutilé, aux mots *Sarpta vinea;* on le restitue à l'aide du fragment correspondant de l'abrégé de Paul Diacre :

<Sarpta vinea putata i>d est pura <facta. Virgulae enim re>lictae inpe<dimenta vitibus sol>ent esse, quae <ideo abscinduntur>. Inde etiam <sarmenta script>ores dici pu<tant. Sarpere enim a>ntiqui pro pur<gare dicebant[1]>.

Sarpta vinea putata, id est pura facta, unde et virgulae abscisae sarmenta. Sarpere enim antiqui pro purgare ponebant[2].

Enfin, c'est sans doute au même fragment des Douze Tables que se rattache une glose rapportée dans le recueil de Labbe :

Sarpo κλαδεύω ἀμπέλους[3].

Le précepte des Douze Tables, où figuraient les mots *quandoque sarpta, donec dempta erunt*, paraît avoir été admis en faveur de la viticulture : si un vigneron avait employé des échalas *(pedamenta)* ou des traverses *(perticae)* qui ne lui appartenaient pas, on défendait au *verus dominus* de les enlever[4] à partir de la saison où l'on taillait la vigne (début de mars) jusqu'au moment où, la vendange faite, on rentrait les échalas (octobre et début de novembre[5]). Nous ignorons de quelle façon ce précepte pouvait se relier à celui sur le *tignum aedibus iunctum*. Les restitutions proposées manquent de bases solides[6].

Outre ces témoignages qui se réfèrent à la teneur même des préceptes sur le *tignum iunctum*, nous en avons d'autres qui analysent le contenu de la disposition sur le *tignum aedibus iunctum* ou, pour mieux dire, le contenu que l'*interpretatio* classique lui assignait.

[1] Festus, éd. M., p. 322; éd. Th., p. 472.

[2] Paul. Diac., éd. M., p. 323; éd. Th., p. 473.

[3] Goetz, *Corp. gloss. lat*, II, 350, 12; *Index*, Iéna, 1889, p. viii.

[4] Desjardins, *Traité du vol*, pp. 239 et sqq.

[5] Sur la technique de la viticulture chez les Romains, voy. Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 575, n. 30.

[6] Restitutions anciennes : voy. Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 447-448. Restitution de Huschke, p. 29 : Tignum iunctum aedibus vineave sei concapit, ne solvito, <neque vinea> quandoque sarpta, donec dempta erunt, <tigna vindicito : ast qui iunxit duplione damnum decidito>. Cf. Schoell, *XII Tabulae*, pp. 104-105. Restitution de Voigt, I, p. 717 : Tignum iunctum aedibus vineave, sei concapsit, ne solvito; de vinea, quandoque sarpta, donec dempta erunt, tigna ne abemito. Duplione damnum decidito. Restitution de Nikolsky, p. 3 : Tignum iunctum aedibus vineave, quandoc sarpta, donec dempta escit, uti concapit, ne solvito.

Le plus ancien[1] a pour auteur Neratius Priscus (contemporain de Trajan et d'Hadrien). Il est mentionné et commenté par Paul (*l. III ad Neratium*[2]) :

De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum[3] est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae[3] essent. PAULUS notat : sed in hoc solum agi potest, ut sola[4] vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum : neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.

C'est là un texte obscur et difficile. M. Lenel le qualifie de *crux interpretum*[5]. De quoi traite-t-il? D'une donation prohibée entre époux. Une femme a donné à son mari un *tignum;* le mari l'a incorporé dans son édifice. Neratius se demande si la femme peut se prévaloir, à la dissolution du mariage, de la nullité de la donation. Il se prononce pour l'affirmative. La femme peut agir *de tigno iuncto*, et cependant, ajoute-t-il en termes embarrassés, il n'est guère probable que les décemvirs aient prévu que cette action dût s'appliquer aux *tigna* incorporés à l'édifice d'autrui avec le consentement de leur propriétaire. Paul critique cette solution de Neratius, qu'il tient pour erronée. Selon lui, la femme ne peut agir qu'en revendication, une fois le *tignum* séparé de l'édifice; mais elle ne peut pas agir *de tigno iuncto*, car il n'y a pas *tignum furtivum* quand le maître du *tignum* a permis qu'il fût incorporé à l'édifice d'autrui.

Ces derniers mots confirment, croyons-nous, le rattachement admis plus haut du *tignum iunctum* au délit de *furtum*[6]. L'expression *tignum furtivum* se rencontre d'ailleurs dans un autre

[1] Car le témoignage de JULIEN, (*l. VI ex Minicio*, *Dig.*, 6, 1, fr. 59) ne se rapporte pas nécessairement aux Douze Tables.

[2] *Dig.*, 24, 1, fr. 63. LENEL, *Pal.*, I, p. 1150, n° 1040.

[3] *Coniectum : coniectae*. LENEL, *Edictum*[3], p. 320. Cf. PAMPALONI, *Bull. dell'Ist.* XXI (1910), p. 213, 27.

[4] *Sola* a été ajouté par un scribe distrait. Voy. la démonstration de M. BIRCKMYER, *Arch. giur.*, LIII (1894), p. 533, n. 1.

[5] LENEL, *Edictum*[3], p. 320.

[6] PERNICE, *Labeo*, II, 1[2], p. 319, n. 1. Cf. PAMPALONI, *Il passaggio di mala fede in rapporto al delitto di furto* (*Arch. giur.*, XXVIII, 1882, pp. 275-372), pp. 291-292.

texte, que nous retrouverons[1]. Nous pouvons donc invoquer les témoignages relatifs au *tignum iunctum* du temps des Douze Tables pour préciser la notion du *furtum* à la même époque. Et, comme nous ignorons tout de cette notion, nous nous garderons de résister aux suggestions de ces témoignages, sous prétexte qu'ils ne concordent pas avec la notion classique du *furtum*. Les meilleurs romanistes (Pernice et M. Lenel entre autres) n'ont interprété les textes sur le *tignum furtivum* qu'en s'aidant d'anticipations, dont nous devons maintenant nous défaire.

Dans le fr. 63, *Dig.* (24, 1), l'affirmation catégorique de Paul et l'affirmation plus hésitante de Neratius impliquent qu'il n'y a de *furtum* qu'*invito vel insciente domino*. Cela est certain pour l'époque classique[2], et c'est pourquoi les romanistes modernes ne se posent même pas la question de savoir s'il en a toujours été de même. Cependant, en y regardant de plus près, on s'aperçoit qu'aucun des textes anciens sur le *furtum* et le *tignum iunctum* n'exige que l'acte ait eu lieu *invito vel insciente domino*. Le *Pœnulus* de Plaute nous fournit même, nous le verrons, un bon exemple d'un *furtum* accompli au su du *dominus*, et même à son instigation. Cette constatation éclaire notre texte d'un jour nouveau. Du moment que le droit ancien admettait « *etiam sciente domino furtum fieri* », il n'y a rien d'étonnant à ce que Neratius applique encore à l'espèce qu'il rapporte l'action *de tigno iuncto*, et rien d'étonnant à ce qu'il hésite beaucoup (*quamvis non sit credibile...*) à déclarer que les décemvirs n'ont pas eu en vue le *tignum sciente vel volente domino iunctum*. Son attitude nous fournit, croyons-nous, la preuve de deux faits : c'est, d'une part, qu'on commence, au temps de Neratius, à repousser l'idée qu'un acte commis *sciente vel volente domino* puisse constituer un *furtum ;* c'est, d'autre part, que l'idée inverse n'a pas encore conquis l'unanimité et qu'elle rencontre des opposants. Au temps de Paul, par contre, toute opposition semble avoir disparu[3]. Si Paul admet catégoriquement, et sans aucune discussion, qu'il n'y a pas de *furtum sciente domino*, c'est que cette idée prévaut désormais

[1] Ulpian., *l. XXXVII ad edict.*, *Dig.*, 47, 3, fr. 1 pr. *Infra*, p. 92.

[2] Voy. p. ex. Gaius, III, 198, et les textes cités par Pampaloni, *Arch. giur.*, XXVIII (1882), p. 160.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 92 *in fine*. *Infra*, c. XIV, § 4.

sans conteste, et que, par suite, une évolution s'est achevée sur ce point depuis l'époque de Neratius. Nous trouvons, d'autre part, les premiers symptômes de cette évolution chez Sabinus, s'il est vrai — comme l'examen des sources de Gaius permet, en effet, de le supposer[1] — que c'est Sabinus qui a inséré les mots *invito domino* dans la définition du *furtum*. Labéon, lui, admettait encore le *furtum sciente domino*, et ne l'excluait que lorsque le *dominus* avait négligé de s'opposer matériellement à la soustraction[2]. Or Neratius est un Proculien, et a même porté le titre de chef de l'école. Les hésitations qu'il exprime sont celles de son parti ; sans doute les Proculiens avaient-ils répugné longtemps à admettre une théorie que l'école adverse avait dégagée[3]. La doctrine sabinienne a fini par l'emporter : mais elle n'a triomphé qu'après la disparition des deux écoles rivales[4].

Notre interprétation du fr. 63, *Dig.* (24, 1) a pour elle, outre le mérite de la simplicité, l'avantage d'expliquer le texte tel qu'il est, sans le corriger arbitrairement. Les auteurs les plus récents qui l'ont étudié ne se sont pas, pour l'ordinaire, contentés de si peu. Ils l'ont accusé d'interpolations profondes[5]. Les tournures « *in hoc solum... ut sola...* », « *agi potest... ut vindicatio competat...* » ont éveillé chez eux toutes sortes de suspicions. Assurément le style du fragment n'est pas irréprochable. Mais les retouches doivent affecter la forme plutôt que le fond. En effaçant avec M. Riccobono, le mot *sola*, dû à un lapsus évident, on arrive à un résultat assez acceptable. Pour les autres corrections possibles, nous manquons de critères certains. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer entre elles les restitutions proposées par MM. Lenel, Riccobono et Pampaloni. Le tableau suivant mettra en relief leurs divergences[6].

[1] *Infra*, c. XVII, § 15, et c. XVI, §§ 21 et sqq.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 92. *Infra*, c. XIV, § 4.

[3] Gaius, qui se refuse à admettre le *furtum volente domino*, représente la tradition sabinienne.

[4] Cf. Riccobono, *Arch. giurid.*, LIII (1894), pp. 525 et sqq.

[5] Lenel, *Edictum*², p. 328, 8. Riccobono, *Arch. giurid.*, LIII, pp. 541, 545 et sqq.; Pampaloni, *Bull. dell'Istituto*, XXI (1910), pp. 213 et sqq.

[6] Les parties prétendues interpolées sont placées entre crochets. Les modifications proposées sont imprimées en italiques.

Lenel *Edictum*,[2], p. 320.	Riccobono, *Arch. giur.*, 53, pp. 535 et sqq.	Pampaloni, *Bull. dell' Istit.*, 21, p. 213.
De eo quod uxoris in aedificium viri ita *coniectum* est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi <*non*> posse quia nulla actio est ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium *coniectae* essent.	De eo quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse [quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent].	De eo quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est ex lege duodecim tabularum[1].
Paulus notat : [Sed in hoc solum agi potest ut sola vindicatio soluta re competat mulieri], non in duplum ex lege duodecim tabularum :	Paulus notat : Sed in hoc solum agi potest ut [sola] vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum :	Paulus notat : Sed in hoc solum agi potest ut [sola] vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum, <*quia*>[2] decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent; <*non in quadruplum*>[3], neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.
neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.	neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.	

Comment choisir entre ces restitutions proposées avec autant de science que d'ingéniosité ? L'embarras est grand, et les raisons de se décider bien fragiles ! Peut-être arriverait-on d'ailleurs à remanier aussi radicalement ce passage dans deux ou trois autres sens différents, pour peu qu'on considérât les textes comme une matière plastique dont chaque commentateur peut, par un savant modelage, tirer tout ce qu'il veut. La prudence nous conseille l'abstention, du moment que l'hypothèse d'une évolution doctrinale nous permet d'expliquer la plus grosse difficulté de fond.

[1] M. Pampaloni enlève ici à Neratius une partie de son argumentation, pour l'attribuer à la note de Paul.

[2] M. Pampaloni substitue *quia* à *quamvis*, qu'il tient pour un *emblema Triboniani*.

[3] M. Pampaloni suppose (pp. 211 et sqq.) que les Douze Tables admettaient deux actions *de tigno iuncto*, l'une au quadruple, lorsque le *tignum* avait été saisi, l'autre au double, lorsqu'il ne l'avait pas été. Le précepte sur la matière aurait été conçu de la façon suivante : Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito. Si concapit quadruplo, alias duplione damnum decidito.

Après le témoignage de Neratius se place, dans l'ordre chronologique, un témoignage de Gaius (*l. II rerum cottidianarum*) qui a été cité en partie plus haut[1] ; reproduisons-le maintenant tout entier :

Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse : sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet[2]. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere.

Rapprochons de ce texte trois fragments de Paul et un fragment d'Ulpien.

Paul., *l. XXI ad edictum :*

Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus : sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit[3].

Paul., *l. XIV ad Sabinum :*

Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest : aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret : sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur[4].

Paul., *l. XV quaestionum :*

Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum

[1] *Supra*, p. 84. *Dig.*, 41, 1, fr. 7, 10. Lenel, *Paling.*, I, col. 254-255, n° 491. *Basil.*, 50, 1, 6, 10.

[2] *Sed duplum pro eo praestet* est peut-être interpolé. Beseler, *Beiträge* II (1911), p. 18. Cf. Mitteis, *Zur Interpolationenforschung*, *Zeitsch. der Sav. Stiftung* XXXIII (1912), p. 196.

[3] *Dig.*, 6, 1, fr. 23, 6. Lenel, *Paling.*, I, col. 1004, n° 328. Pour l'interpolation de la fin du texte, voy. *infra*, p. 94, n. 1.

[4] *Dig.*, 10, 4, fr. 6. Lenel, *Paling.*, I, col. 1288, n° 1866. *Basil.*, 15, 1, 6. La dernière phrase *Sed actione... agitur* est peut-être interpolée. Cf. Beseler, *Beiträge* II, p. 18. *Contra* Mitteis, *Interpolationenforschung*, l. c., p. 196.

vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit[1].

Ulpian., *l. XXXVII ad Edictum :*

Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur) : sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem... Sed et ad exhibendum danda est actio : nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve (iunxitve?) : non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat[2].

Il y a, entre ces divers textes, des analogies et des différences de forme et de contenu qu'il convient de souligner.

En la forme, les analogies les plus marquantes sont celles qu'on relève entre Gaius *(l. II rerum cottidianarum)* et Paul *(l. XXI ad Edictum)*.

Gaius.	Paul.
..... neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur.	Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi.

Mais le second passage, comparé au premier, apparaît mal construit. La proposition « tignum... non potest... eo nomine ad exhibendum agi » ne peut guère sortir de la plume d'un jurisconsulte classique. Il semble que ce passage ait été remanié par les compilateurs de Justinien qui, ayant à découper un fragment dans un texte construit comme celui de Gaius, avec *dominus* comme sujet de *potest*, et des infinitifs actifs *(vindicare, agere)*, l'ont, pour plus de

[1] *Dig.*, 46, 3, fr. 98, 8 *in fine*. Lenel, *Paling.*, I, col. 1.214, n° 1.398. Cf *Basil.*, 26, 5, 98, 8. Sur l'interpolation probable des derniers mots *Sed interim... voluit*, voy. Riccobono, *Arch. giur.*, 54, p. 277, n. 1; sur l'interpolation possible de tout le passage *Denique lex... voluit*, voy. Beseler, *Beiträge*, II, p. 17. Cf. Ulpian., *l. LXXV ad Edict.*, *Dig.*, 44, 2, fr. 7, 2, *in fine :* Denique ea, quae iuncta sunt, aedibus alienis separate dominus vindicare potest (Également interpolé. Beseler, *Beiträge*, III, 1913, p. 21).

[2] *Dig.*, 47, 3, fr. 1, pr. et 1. Lenel, *Paling.*, II, col. 679, n° 1054.

commodité, transposé au passif, en faisant de *tignum* le sujet de *potest*. Le texte original de Paul devait porter « Tignum... nec vindicare potest (dominus)... nec eo nomine ad exhibendum agere ». Nous allons voir que ce fragment porte l'empreinte de remaniements plus graves.

Envisagés dans leur contenu, nos textes semblent établir :

1° Que les Douze Tables ne défendent pas expressément d'agir en revendication ou *ad exhibendum* pour le *tignum iunctum*. Elles défendent seulement (sans doute par un précepte *ne... solvito*) de *solvere tignum*. C'est l'*interpretatio* qui paraît avoir tiré de cette disposition la prohibition d'agir en revendication et *ad exhibendum*.

2° Que le délit de *tignum iunctum* ne suppose pas la mauvaise foi chez celui *qui iunxit*. Quelques explications sont nécessaires sur ce point, les textes présentant certaines contradictions apparentes.

Tels qu'ils sont, ils semblent bien, croyons-nous, prouver que l'action *de tigno iuncto* se donnait même quand le constructeur se croyait propriétaire du *tignum* dont il disposait[1]. Ainsi Paul (*l. XXI ad Edictum*) semble opposer l'action *ad exhibendum* à l'action *de tigno iuncto*, et attribuer à celle-ci la fonction de suppléer aux défaillances de celle-là. Or la première ne serait donnée, dit-il, que contre le constructeur *qui sciens iunxit*. D'où il suit que l'action *de tigno iuncto* est principalement dirigée contre celui *qui insciens iunxit*, contre le constructeur de bonne foi. Ulpien (*l. XXXVII ad Edictum*) semble admettre le même système : il donne l'action *ad exhibendum* contre le seul constructeur de mauvaise foi[2].

Mais nos textes, dans leur forme originaire, devaient être plus décisifs, et se prononcer plus clairement dans le même sens. Car la distinction du constructeur de bonne ou de mauvaise foi devait leur être étrangère, même en ce qui concerne l'action *ad exhibendum*. Un autre fragment de Paul (*l. XIV ad Sabinum*) n'en fait, en effet, aucune mention ; il refuse l'action *ad exhibendum* contre le constructeur *sciens* aussi bien que contre le constructeur *insciens* : « Alter atque in tigno iuncto aedibus de quo nec ad exhibendum agi potest... » Même ignorance de la distinction chez Gaius (*l.*

[1] En ce sens, Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 317-319.

[2] Voy. aussi la scholie d'Hermogénianus, dans les *Basil.*, 60, 12, 98, sch. 5.

II rerum cottidianarum) : « Neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere... » Et comme, d'autre part, les indices d'interpolation ne manquent pas dans les fragments qui permettent d'agir contre le constructeur *sciens*[1], nous pouvons les croire remaniés, sinon fabriqués de toutes pièces par les compilateurs de Justinien[2].

Nous nous garderons, d'ailleurs, de tirer de nos textes une conclusion quelconque pour ou contre l'existence de l'épithète *furtivum* appliquée au *tignum*, soit dans le précepte des Douze Tables, soit dans la formule de l'action *de tigno iuncto*. La question paraît insoluble avec les éléments de solution dont nous disposons[3], et il faut particulièrement nous défier des anticipations. Ainsi, nous ne dirons pas, avec Pernice[4], que les Douze Tables ne pouvaient parler de *tignum furtivum*, parce qu'elles ne requéraient pas la mauvaise foi du constructeur : ce serait postuler que la mauvaise foi est requise comme élément intrinsèque du très ancien *furtum*.

Quant aux sources dont peuvent procéder nos textes, nous sommes amené à conclure comme pour les fragments relatifs à la définition du *furtum*. Il y a entre Gaius, d'une part, Paul et Ulpien de l'autre, des analogies de forme trop apparentes pour être

[1] Pour le fr. 1, pr. et 1, *Dig.* (47, 3), Pernice (*Labeo*, II, 1², p. 320, note) fait remarquer que les mots *in eum qui convictus est iunxisse* sont interpolés. Un jurisconsulte de la bonne époque eût-il écrit : Le préteur donne une action contre le défendeur convaincu? M. Pampaloni partage cette manière de voir (pp. 210-212) et, partant du système par lui proposé, restitue le passage de la façon suivante : Sed in eum, apud quem conceptum est, in quadruplum dat actionem. Pour la finale, nous remarquerons aussi que *danda est actio* se comprendrait mal de l'action civile *ad exhibendum* dans une application normale. L'expression *neque... parci oportet... ei...* trahit également la main des compilateurs. Voy. aussi Beseler, *Beiträge*, I, pp. 44-45 et II, p. 153. Pour le fr. 23, 6 (*Dig.*, 6, 1) nous avons déjà noté les remaniements dont témoignent les mots *nec eo nomine... agi*. On sait que les développements restrictifs amorcés par *nisi* sont très souvent suspects. H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris, 1894, pp. 52-55. Aussi, M. Eisele tient-il pour interpolés les mots *nisi... aedibus*, et M. Beseler, toute la fin du fragment *nisi... descendit* (*Beiträge*, II, pp. 17-19). Mais, sur ce dernier point, voy. Mitteis, *Zur Interpolationenforschung*. *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXXIII (1912), p. 195.

[2] Voy. aussi les arguments produits par Pampaloni, *Bull. dell' Ist.*, XXI, p. 210.

[3] M. Lenel a successivement émis trois opinions différentes sur ce point : *Edictum*¹, p. 265 ; *Edit*, II, p. 53 ; *Edictum*², pp. 320-321. Cf. Riccobono, *Archiv. Giurid.*, LIV (1895), pp. 267 et sqq.

[4] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 319, n. 1-3.

fortuites. Comme, d'ailleurs, Ulpien et Paul n'ont ni cité, ni connu les écrits de Gaius[1], il faut admettre qu'ils ont, comme lui, utilisé une source plus ancienne qui appartenait, on peut le conjecturer, à la tradition sabinienne.

Les textes interpolés que nous avons cités nous amènent aux derniers fragments que nous possédions sur le *tignum iunctum* des Douze Tables. Nous retrouvons un passage des Institutes de Justinien qui reproduit à peu près intégralement le passage de Gaius (*l. II rerum cottidianarum*[2]) :

Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiae dominus *fuerat*[3], *desinit*[4] eius dominus esse ; sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet *per actionem quae vocatur de tigno iuncto*[5] (appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt) : *quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit*[6]. *Sed si*[7] aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere.

Nous avons reproduit en italiques les quelques mots qui ne sont pas textuellement copiés sur Gaius[8]. Le seul changement notable[9] consiste dans l'addition des mots : quod ideo provisum est ne aedificia rescindi necesse sit. Ils doivent être tirés d'Ulpien (*l. XXXVII ad Edictum*) : quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur.

[1] Le fait paraît établi maintenant de la façon la plus certaine. Voy. Jörs, V° *Domitius Ulpianus*, dans la *Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa, IX, p. 1449 et sqq. : Kaiser, *Roms Juristen*, p. 77 ; et, en dernier lieu, Girard, *Gött. Gelehrt. Anz.*, 1910, pp. 256-257. En sens contraire, Fitting, *Alter und Folge*², pp. 52-53.

[2] Just., *Inst.*, II, 1, 29.

[3] Gaius : fuit.

[4] Gaius : desiit.

[5] Ne se trouve pas dans Gaius.

[6] Ne se trouve pas dans Gaius.

[7] Gaius : ergo si.

[8] Voy. Zocco-Rosa, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, 198, Catania, pp. 246-247.

[9] Cf. Zocco-Rosa, p. 246, n. 2-3.

L'*Hexabiblos* d'Harménopule ne nous fournit aucune source nouvelle. Il paraît se rattacher ici à Ulpien *(l. XXXVII ad Edictum)*. *(Hexab.*, VI, 5, 10) :

Τὸ κλοπιμαῖον, ξύλον[1] ἐμβληθὲν οἴκῳ ἢ ἀμπελῶνι οὐκ ἀποσπᾶται, ἀλλ' ὁ ἐμβαλὼν εἰς τὸ διπλοῦν ἐνέχεται.

Comme chez Ulpien, il est question de *tignum furtivum*, de *tignum vineae iunctum*. Les deux textes sont très voisins l'un de l'autre. Mais celui d'Harménopule, plus resserré, ne mentionne pas la loi des Douze Tables.

12

Dans les deux dernières tables devait figurer le précepte qui attribuait à l'action *furti* le caractère noxal. Nous possédons un fragment de ce précepte, que rapporte textuellement Julien, cité par Ulpien, à propos d'une controverse sur les conditions d'application de l'action noxale.

C'est un principe général, déjà consacré par les Douze Tables, qu'un *paterfamilias* ne saurait être poursuivi *noxaliter* qu'à raison du fait d'une personne actuellement *in potestate;* s'il a affranchi ou aliéné l'auteur du délit avant d'être poursuivi, il échappe désormais à l'action. Cependant cette règle admet quelques exceptions, et un père de famille doit parfois répondre du fait d'une personne qu'il n'a plus sous sa puissance[2] : exceptions plus apparentes d'ailleurs que réelles, puisque le *paterfamilias* est alors tenu *in solidum* et non plus *noxaliter*. Une seule de ces exceptions, réelles ou prétendues, nous intéresse. C'est celle que vise notre texte, et qui s'applique au cas où un maître aurait ordonné le délit ou l'aurait laissé commettre, quoique pouvant l'empêcher. En pareil cas, disait Celse, l'esclave n'est pas tenu personnellement, et la règle *Noxa caput sequitur* ne s'applique pas s'il est aliéné ou affranchi :

Ulpian., *l. XVIII ad Edictum*[3].

Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse domi-

[1] L'édition Heimbach, p. 748, porte ici, évidemment par erreur, ξύλον.

[2] Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschadigungen* 1867, pp. 218 et sqq. ; Desjardins, *Traité du vol*, pp. 195 et sqq. ; Girard, *Les actions noxales*, *Nouv. Rev. Hist.*, XI (1887), p. 420, 3.

[3] *Dig.*, 9, 4, fr. 2, 1. Lenel, *Paling.*, I, col. 526, n. 619. *Basil.*, 60, 5, 2, 1, et schol. 5 (Stephanos).

nus, hac actione tenetur : sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit[1], in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi : nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit.

Ulpien critique cette argumentation de Celse au point de vue de la logique : applicable au cas où le maître a ordonné à l'esclave l'acte délictueux, elle ne l'est plus au cas où le maître s'est borné à le laisser faire :

Et sane si iussit, potest hoc dici : si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?

Aussi bien n'est-ce pas de la seule logique que se réclamait Celse. Il se fondait principalement sur une disposition de la loi Aquilia. Cette loi consacre, en effet, en la matière un principe nouveau, inconnu des Douze Tables : tandis que les Douze Tables donnent une action du chef de l'esclave, et n'en donnent pas du chef du maître, la loi Aquilia en donne une du chef du maître et n'en donne pas du chef de l'esclave[2] :

Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum : nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxiam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset.

Le système de Celse n'a cependant pas prévalu. Julien l'a fait écarter. Pour Julien, la disposition par laquelle les Douze Tables introduisent l'action noxale *servi nomine* en matière de *furtum* et de *noxia* s'applique, par une extension naturelle, à toutes les actions créées par des lois postérieures pour des cas où le maître doit répondre des délits commis par l'esclave :

[1] Les mots *sufficit enim si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit* constituent visiblement un glossème. Cela résulte : 1° de leur tournure embarrassée (= *quo non prohibeat*) ; 2° de leur inutilité dans un développement où ils introduisent une explication maise et sans intérêt ; 3° de la coupure qu'ils pratiquent dans la phrase : les mots *in tantum*, qui se relient naturellement à *hac actione tenetur*, sont mal placés après *sufficit enim*.

[2] Girard, *l° c°*, p. 421, note.

Sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit « si servus furtum faxit noxiamve nocuit » etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur[1].

La citation : *si servus furtum faxit noxiamve nocuit (noxit?)* est tirée des Douze Tables. Sans doute est-ce de l'interprétation du mot *noxia* que dépendait la solution de la controverse qui opposait Julien à Celse. La question se ramène, en effet, à décider si, dans le précepte légal, *noxia* désigne tout fait délictueux compris dans la notion de ce qui sera plus tard le *damnum legis Aquiliae*, ou si ce mot désigne seulement le dommage[2] résultant d'un *furtum*. Celse défend la deuxième interprétation, qui doit être la plus ancienne : deux préceptes au moins, parmi ceux où figure le mot *noxia*[3], l'emploient à propos du *furtum*[4]. Julien s'attache, au contraire, à l'interprétation extensive et, sans doute, la plus récente du mot *noxia*. C'est cette interprétation qui a prévalu ; c'est celle que donne, par exemple, Gaius : Noxiae appellatione omne delictum continetur[5]. Remarquons, en passant, que les noms des défenseurs des deux opinions antagonistes pourraient nous faire penser à une controverse entre Proculiens et Sabiniens[6].

[1] Nous trouvons en effet la trace de cette interprétation extensive dans un autre passage de Marcellus (*l. VIII Digestorum. Dig.*, 47, 6, fr. 5. Lenel *Paling.*, I, col. 607, n° 116) : Si servus communis alterius iussu damnum dederit, etiam quod praestiterit alter, si modo cum eo quoque ex lege Aquilia vel ex duodecim tabulis agi potest, repetat a socio, sicuti cum communi rei nocitum est. *Basil.*, 60, 15, 5, schol. 1. Sur ce texte, voy. Pernice, *Sachbeschädigungen*, p. 220 ; Desjardins, *Traité du vol*, p. 197.

[2] On sait que le préjudice résultant d'un *furtum* est qualifié de *damnum* (p. ex. dans la formule de l'action *furti* : quamobrem pro fure damnum decidere oportet).

[3] Il y a d'autres textes où le sens de *noxia* reste incertain. Ainsi Ulpian., *l. XVIII ad Edict.*, *Dig.*, 9, 1, fr. 1 pr. (Tab. VIII, 5 (6)) ; Gaius, *l. IV ad leg. XII Tabul.*, *Dig.*, 47, 9, fr. 9 (Tab. VIII, 9 (10)). Le corollaire de l'hypothèse que nous émettons, c'est qu'il s'agirait aussi, dans ces deux textes, de cas de *furtum*. Nous examinerons cette idée dans le deuxième volume de nos *Etudes*, à propos de la notion du *furtum*.

[4] Outre celui que cite Julien, il y a encore le fragment relatif au *frugem... furtim noctu parisse ac secuisse*. Pline, *H. N.*, XVIII, 3, 12 (Tab. VIII, 8 (9)). *Supra*, p. 61.

[5] Gaius, *l. VI ad legem duodecim tabularum. Dig.*, 50, 16, fr. 238, 3.

[6] Voy. sur cette question *infra*, c. XVI.

D'autres témoignages complètent notre information : ce sont des textes grammaticaux qui cherchent à éclaircir la différence de sens qui sépare les mots *noxa* et *noxia*[1]. Malheureusement, le principal, celui de Festus, qui nous rapporte une interprétation donnée par Servius Sulpicius, se trouve mutilé dans sa partie essentielle, et le fragment correspondant de Paul Diacre est probablement très écourté.

Festus, V° *Noxia*[2] :

<Noxia>, ut Ser. Sulpicius Ru<fus ait, damnum significat>, apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa. At[3] noxa peccatum aut pro peccato pœnam, ut Accius in Melanippo : « Tete esse huic culpae obnoxium[4]. » Item, cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet. Caecilius in Hypobolimaeo Chaerestrato : « Nam ista quidem noxa muliebri'st[5], magis quam viri[6]. »

Paul Diacre[7] :

Noxia apud antiquos damnum significabat, sed a poetis ponitur pro culpa : noxa ponitur pro peccato aut peccati pœna, quum lex iubet noxae dedere pro peccato.

On a conjecturé[8] que Servius Sulpicius étudiait le sens du mot *noxia* dans une monographie qu'il aurait consacrée à l'interprétation des Douze Tables. Il n'est pas prouvé, toutefois, qu'il ait jamais écrit pareille monographie[9].

La tradition qui prend ainsi ses racines chez Servius Sulpicius s'est transmise chez les grammairiens. Nous la retrouvons dans le commentaire d'Aelius Donatus sur Térence (IVe siècle) :

Noxiam nunc culpam, alias poenam : et est ἐτένθεσις ab eo quod est noxam; et hoc factum est propter iambum[10].

Nous la retrouvons aussi chez un autre Servius, le commentateur

[1] Ciceri, *La etimologia*, p. 78, 2.

[2] Festus, éd. M., p. 174; éd. Th., pp. 184-186.

[3] Mss. : *ad*.

[4] Ribbeck, *Scaenicae Romanorum poesis fragmenta*², I, *Tragicorum fragmenta*, p. 191, 429. Notons que, d'après Nonius, éd. Merc., 143, 21, Accius employait au lieu de *noxia*, la forme *noxitudo*. Ribbeck, *l. c.*, p. 157, 162.

[5] Mss. : *muliebrem et*.

[6] Ribbeck, II, *Comicorum fragmenta*, p. 50, 85.

[7] Éd. M., p. 175; éd. Th., pp. 185-187.

[8] Brunn, I, p. 129; Pernice, *Labeo*, II, 2, 11, p. 11, n. 6.

[9] Karlowa, *Quellen*², p. 67, n. 50. *Lefrancq*, p. XII, 2.

[10] Donat., *Commentum Terentii*, *In Phorm.*, I, 4, 48.

de Virgile, qui propose des mots *noxia* et *noxa* une interprétation bien proche de celle de Festus[1] :

Noxam pro noxiam. Et hoc interest inter noxam et noxiam, quod noxia culpa est, noxa autem pœna.

Comme le grammairien Servius n'a point connu directement les œuvres du jurisconsulte Servius Sulpicius, il est très probable qu'il a utilisé, immédiatement ou médiatement, un *Verrianum*. On peut penser, tout au moins, qu'il n'a pas passé ici par l'intermédiaire de Festus, car il ajoute :

Quidam noxa, quae nocuit, noxia id, quod nocitum, accipiunt.

On ne trouve pas, chez Festus, l'équivalent de cette remarque. Serait-ce un *Verrianum* que Festus aurait négligé ? Nous l'ignorons.

Citons enfin, comme identique avec la première partie de la glose de Servius, et se rattachant probablement à la même source, un témoignage extrait du *De Differentiis*, opuscule de basse époque qu'on attribue parfois, mais à tort, à M. Cornelius Fronto[2] :

Noxam et noxiam. Noxa pœna est, noxia culpa[3].

Il paraît résulter du témoignage de Festus que les Douze Tables contenaient les mots *noxae dedere*. Les *Glossae latino-graecae* expliquent aussi l'expression *noxae deditus* :

Noxae deditus εἰς ἔγκλημα δοθείς[4].

Noxae deditus εἰς κόλασιν δοθείς[5].

De même, les jurisconsultes classiques fondent leurs commentaires sur un précepte où figuraient, comme un des termes d'une alternative proposée par la loi, les mots *noxae dedere*. De ce nombre est Gaius[6], suivi, avec des modifications qui ont leur intérêt, par Justinien[7] :

[1] Servius, *In Verg. Eneid.*, I, 41. Ed. Thilo et Hagen, I, p. 29.

[2] Ce témoignage aurait beaucoup plus de prix pour nous s'il provenait réellement de M. Cornelius Fronto (né vers 100-110 apr. J.-Chr., et cos. 143. Mommsen, *Hermes*, VIII, 1874, p. 216). Mais cette attribution est controuvée. Voy. O. Keller, *Pseudo-Fronto de Differentiis. Revue de philologie*, XXI (1897), p. 111; Schanz, III², 1905, p. 99; Teuffel-Kroll-Skutsch, III⁶, p. 76. — Nous ne croyons pas qu'aucun éditeur des Douze Tables ait utilisé ce texte.

[3] Keil, *Grammatici*, VII, p. 524, 21.

[4] Goetz, *Corp. gloss. latin.*, II, 286, 57.

[5] Goetz, II, p. 287, 9.

[6] Gaius, *Inst.*, IV, 75-76.

[7] Just., *Inst.*, IV, 8, pr.

Gaius, *Inst.*, IV.	Just., *Inst.*, IV, 8.
75. Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint	Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint aut bona rapuerint aut damnum dederint aut iniuriam commiserint,
aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere.	noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis aestimationem sufferre aut hominem noxae dedere.
	1. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus, noxia ipsum maleficium, veluti furtum damnum rapina iniuria.
	. . . . .
76. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris : legibus, velut furti lege XII Tabularum, damni iniuriae lege Aquilia.	4. Sunt autem constitutae noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris : legibus veluti furti lege duodecim Tabularum, damni iniuriae lege Aquilia.

Le paragraphe premier du texte de Justinien présente assez d'analogie avec la seconde partie de la glose du grammairien Servius pour qu'on puisse se demander si celle-ci n'avait pas sa source première dans quelque œuvre de jurisconsulte (Servius Sulpicius?)

Il nous reste à mentionner un texte d'Ulpien *(l. LXXVI ad Edictum)* :

Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur : facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit[1].

Mais nous ne rapporterons pas à l'action noxale, ni à la règle *noxa caput sequitur*, un texte de Pomponius *(l. XX ad Quintum Mucium)* que Dirksen[2], Schoell[3] et Voigt[4] croient devoir mentionner à ce propos :

Quaecumque actiones servi mei nomine mihi caeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex lege Aquilia vel iniuriarum vel furti, eaedem durant, etiamsi servus postea vel manumissus vel alienatus vel mortuus fuerit[5].

[1] *Dig.*, 42, 1, fr. 6, 1. Lenel, *Paling.*, II, col. 800, n° 1456.
[2] Dirksen, *XII Tafeln*, pp. 709-710.
[3] Schoell, *XII Tabulae*, p. 160.
[4] Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 735.
[5] *Dig.*, 44, 7, fr. 56. Lenel, *Paling.*, II, col. 71, n° 277. *Basil.*, 60, 1, 55.

Il s'agit, dans ce texte, d'une action dans laquelle le maître joue le rôle de demandeur *(mihi*, et non *in me cœperunt competere)*, comme l'action *iniuriarum* qu'intente un maître contre celui qui a brisé un os à son esclave, comme l'action *furti* qu'intente un maître contre celui qui a volé son esclave, comme l'action *damni iniuriae* qu'intente un maître contre celui qui a tué ou détérioré son esclave. Les deux premières actions sont bien données *ex duodecim tabulis*, la troisième l'est bien *ex lege Aquilia*, mais ce ne sont pas des actions noxales.

On ne saurait restituer le précepte des Douze Tables sur l'action *furti* noxale. Nous disposons pour cela de trop peu d'éléments. Bornons-nous à rapprocher l'un de l'autre, sans chercher à les réunir dans un même contexte, les deux fragments de ce précepte que nous connaissons : d'une part, les mots « si servus furtum faxit noxiamve nocuit », et, d'autre part, les mots « noxae dedere » qui doivent presque sûrement[1] figurer dans la loi sous la forme « noxae dedito[2] ».

13

Tel est le bilan des informations que nous possédons sur le *furtum* dans les Douze Tables. L'étude que nous avons consacrée aux sources de ces informations, bien que forcément conjecturale dans le détail, nous amène dans son ensemble à conclure que ces sources nous mettent bien rarement en contact direct avec le vieux recueil décemviral. Seuls parmi les auteurs dont les témoignages figurent dans notre dépouillement, Cicéron et Labéon se sont certainement servis de ce recueil[3] ; Gaius, pour écrire sa monographie sur les Douze Tables, a dû s'en servir aussi ; mais, pour ce qui touche au *furtum*, il pourrait aussi bien avoir extrait ses renseignements d'œuvres plus anciennes. Dans ses autres livres, il ne cite jamais les Douze Tables que de seconde main. Plus généralement, les

[1] Puisque Festus dit « lex iubet noxae dedere ». Voy. *supra*, p. 44.

[2] Pour les essais anciens de restitution, voy. Dirksen, pp. 713-714. *Adde* Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 735 (Tab. XII, 1) : Si familiaris iniussu patrisfamilias furtum faxit noxiamve noxit, quadrupedesve pecus pauperiem faxit, aut noxiae dedito, aut litis aestimationem sufferto. Nikolsky, *XII Tablitz*, p. 9 (Tab. VII, 8) : Si servus furtum faxit noxiamve noxit, <noxiam sarcito. Si nolet, noxae dedito>.

[3] Caton *supra*, p. 73 ne parle pas des Douze Tables, il parle de lois anciennes.

jurisconsultes ne connaissent les préceptes des Douze Tables sur le *furtum* que par la tradition sabinienne, qui a son point de départ dans le *De furtis* de Mas. Sabinus. La tradition proculienne n'a pas laissé grandes traces en la matière. Quant aux grammairiens, ils ne remontent aux Douze Tables que par l'entremise de Verrius Flaccus et de Varron. Il est probable que Verrius avait beaucoup emprunté à Varron, et que celui-ci avait beaucoup emprunté à Ælius Stilo. Il est probable aussi que Sabinus s'était documenté aux mêmes sources.

CHAPITRE II

LA LOI FABIA DE PLAGIARIIS. LA LOI HOSTILIA

§ 1. La loi Fabia. Essai de restitution de ses dispositions principales. § 2. Sa date. — § 3. La loi Hostilia.

1

La loi Fabia a créé sous le nom de *plagium* un délit public qui ne se confond point avec le délit, public ou privé, de *furtum*[1]. Nous devons néanmoins l'étudier ici, à raison de la tradition qui, à l'époque classique, rapproche le *plagium* du *furtum*[2].

Sous l'Empire, nous voyons, en effet, la soustraction de l'esclave d'autrui traitée aussi bien comme un *furtum* que comme un *plagium*. La séparation des deux notions se marque à peine. « C'est une question d'espèce à résoudre. Hadrien, consulté une fois, refusa de se prononcer. Il dit que c'était affaire au juge[3]. » D'ailleurs, il se garda d'indiquer à quels principes le juge devait s'attacher pour trancher la question. Il se borna à donner un exemple : « Celui chez qui l'on trouve un ou deux esclaves lui ayant loué leur travail pour être nourris — surtout si ces esclaves travaillaient auparavant chez d'autres dans les mêmes conditions — ne peut être accusé d'avoir supprimé ces esclaves[4]. » Il échappe donc, semble-t-il, à

[1] Sur la loi Fabia, voy. Desjardins, *Traité du Vol*, pp. 321-325. Voigt, *Ueber die lex Fabia de plagiariis*, *Phil. hist. Berichte der königl. sachs. Gesellschaft der Wissenschaften*, XXXVII (1885), pp. 331 et sqq. ; Cuq, v° *Lex*, dans le *Dictionnaire des Antiquités* de Daremberg et Saglio, p. 1143. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 780-783 (Trad. Duquesne, III, pp. 90-93) ; Wlassak, *Römische Processgesetze*, Leipzig, 1891, II, p. 167, 2 et 3.

[2] En ce sens, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 781, 6 (Trad. Duquesne, III, p. 92, 1).

[3] Nous empruntons ces mots à Desjardins, *Traité du Vol*, p. 325. Cf. *Basilica*, 60, 48, 5 et sch. 1, éd. Heimbach, V, p. 827.

[4] Callistr., *l. VI de cognitionibus*, *Dig.*, 48, 15, 1, 6, 1 : Apud quem unus est alter fuerit fugitivus inventus, qui operas suas locaverat et pascebatur, et usque si idem antea apud alios opus fecerint, hunc suppressorem non loco quis dixerit.

l'action de la loi Fabia, mais reste exposé à l'action publique[1] de vol. Les circonstances que l'empereur relève comme devant écarter le *crimen plagii* sont : l'existence d'un contrat de louage de services, et l'existence de précédents enlevant à ce louage tout caractère irrégulier et anormal; ce sont, somme toute, des circonstances qui tendent à établir la bonne foi de l'employeur[2]. D'où il résulte que le *crimen plagii* se distingue du *crimen furti* en ce que le premier suppose nécessairement la mauvaise foi du détenteur de l'esclave, tandis que le second ne la suppose pas. Conclusion évidemment inattendue pour les romanistes qui admettent, conformément à l'opinion traditionnelle, que, bien avant le temps d'Hadrien, sinon de tout temps, le *furtum* requiert dans toutes ses applications la mauvaise foi du voleur[3], mais que nous devrons admettre néanmoins, puisque nous avons pris la résolution d'éviter toute idée préconçue sur la notion du *furtum*.

D'autres textes classiques soulignent la parenté du *plagium* et du *furtum*. Ulpien constate : *Qui fugitivum celavit fur est*[4]. Or, le délit consistant à *fugitivum celare* rentre aussi dans le *plagium*. Une constitution de l'année 378 signale le concours fréquent de

[1] Voy., au début du même texte, les mots *crimine furti*.

[2] Ces circonstances ne posent point, comme l'a supposé Cujas (Ad *Afric.* tr. VII. ad. l. 60 *De Furtis*), la question du *lucrum*.

[3] Ainsi Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 781, 6 (Tr. Duquesne, III, p. 92, n. 1), croit qu'il n'existait entre le domaine d'application de l'action *furti* et celui de l'action *legis Fabiae* qu'une différence : la seconde ne s'appliquait pas au *furtum usus*. Mais il doit, pour l'admettre, dénier toute signification au témoignage d'Hadrien, et s'appuyer, par contre, sur un texte complètement étranger à son sujet : Paul., *l. II sent. Dig.*, 47, 2, fr. 83 (82), 2 : Qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur, et, si suppressit, pœna legis Fabiae coercetur. Il ne s'agit point là d'un *furtum usus*, puisque le *furtum usus* consiste en ce qu'une personne qui détient une chose par la volonté du propriétaire en use contrairement à cette volonté. Le séducteur de l'*ancilla* dont parle Paul ne commet pas un *furtum usus*. C'est ailleurs, dans une question d'intention, qu'il faut chercher la raison de la décision de Paul. Cela apparaît plus clairement par la comparaison d'un texte d'Ulpien, *l. XLI ad Sabin.*, *Dig.*, 47, 2, 39, qui écarte à la fois l'action *furti* et l'action *legis Fabiae* pour le rapt d'une *ancilla meretrix*.

[4] Ulpian., *l. I ad Edict.*, *Dig.*, 11, 4, fr. 1 pr. C'est sans doute un cas de *furtum conceptum* (si toutefois le texte est pur. Cf. *infra*, c. XVI, § 18). De même Goetz, *Corp. gloss. latin.*, VII *Index*, II, p. 94 : *Plagiarius* qui servum s. alterius suadendo furatur. *Plagiarii* fures servorum et distractores pecodum alienorum.

l'action privée *furti* et de l'action publique *legis Fabiae*, sans d'ailleurs préciser les conditions de ce concours[1].

Les liens qui unissent le *plagium* au *furtum* étant avérés pour l'époque classique, examinons les textes relatifs à la loi *Fabia*.

La loi Fabia comprend trois chapitres. Le premier réprime le fait de retenir, vendre ou acheter une personne libre ; le second réprime le fait de retenir, vendre ou acheter l'esclave d'autrui, ou de coopérer à sa fuite ; le troisième réprime l'opposition à la recherche des esclaves fugitifs. De ces trois chefs, les deux derniers correspondent à des cas définis d'application du *furtum*. Pour le premier, il y a doute. En droit classique, les personnes *sui iuris* ne peuvent jamais faire l'objet d'un *furtum*[2]. Le principe est certain, et l'on ne trouve pas trace de controverse, ancienne ou récente, sur ce point. Les jurisconsultes semblent même considérer l'application de l'action *furti* aux personnes libres *alieni iuris* plutôt comme l'extension d'un système primitif étroit que comme la restriction d'un système primitif large[3]. Il y a même une raison de penser qu'on n'a jamais pu voler une personne *sui iuris* : c'est qu'une personne indûment retenue en esclavage ne peut pas intenter elle-même la *vindicatio in libertatem*, il faut qu'elle trouve un *adsertor libertatis*. Comment l'eût-on autorisée à agir elle-même *furti* ? Nous inclinons donc à croire que le cas de *plagium* défini par le premier chef de la loi Fabia n'est jamais rentré dans le *furtum*.

Les textes qui nous renseignent sur la teneur première de la loi Fabia sont, dans l'ordre chronologique[4], les suivants (nous marquons par des lettres italiques les parties de ces textes qui paraissent, à première vue, reproduire les termes mêmes de la loi) :

[1] *Cod. Theod.*, 9, 20, const. 1 ; *Cod. Iust.*, 9, 31, 1, pr. : A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri. 2. Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum.

[2] Dissertations, *Traité du vol*, pp. 69 et 321 ; Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 759, 6 (Trad. Duquesne, III, p. 41, 4).

[3] Ulpian, *l. XXIX ad Sabin.* *Dig.*, 47, 2, fr. 14, 13 reproduisant sans doute le texte même de Sabinus ; Gaius, *Inst.*, III, 199 : Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sunt, sive etiam uxor quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.

[4] Le texte de Gaius (*l. XXII ad Edict. praetoriale*, *Dig.*, 48, 12, 9, 4) qu'on pourrait songer à placer ici, en tête de liste, vise une extension doctrinale de la loi.

Callistrate, *l. VI de cognitionibus*[1] :

Lege Fabia cavetur, ut *liber, qui hominem ingenuum vel libertinum invitum celaverit invinctum*[2] *habuerit emerit sciens dolo malo quive in earum qua re socius erit, quique servo alieno servaeve persuaserit, ut a domino dominave fugiat*[3], *vel eum eamve invito vel insciente domino dominave celaverit, invinctum*[4] *habuerit emerit sciens dolo malo quive in ea re socius erit*, eius pœna teneatur[5].

Paul, *l. V Sententiarum*[6] :

Lege Fabia tenetur *qui civem Romanum ingenuum libertinum*[7] *servumve alienum celaverit vendiderit vinxerit comparaverit.* Et olim quidem huius legis pœna nummaria fuit, sed translata est cognitio in praefectum urbis, itemque praesidis provinciae extra ordinem meruit animadversionem... *Si servus sciente domino alienum servum subtraxerit vendiderit celaverit,* in ipsum dominum animadvertitur ; quod si id domino ignorante commiserit, in metallum datur[8].

Ulpien, *l. IX de officio proconsulis*[9] :

4. Lege autem Fabia tenetur *qui civem Romanum eumve*[10] *qui in Italia liberatus sit, celaverit vinxerit vinctumve habuerit, vendiderit emerit, quive in eam rem socius fuerit :* cui capite primo eiusdem legis pœna iniungitur[11]. *Si servus quis sciente domino*[12] *fecerit, dominus eius sestertiis quinquaginta milibus* eodem capite

[1] Les *libri VI de cognitionibus* de Callistrate ont été écrits sous Sévère et Caracalla (198-211). Fitting, *Alter und Folge*², p. 70.

[2] Vinctum *scr.*

[3] Le *liber Florentinus* porte : *fugat.*

[4] Vinctum *scr.*

[5] *Dig.*, 48, 15, fr. 6, 2. Lenel, *Paling.*, I, col. 93, n° 49.

[6] Les *Sentences* de Paul ont été publiées probablement en 212, et sûrement entre 206 et 217 ; Huschke-Seckel-Kuebler, II, 1 (1911), pp. 5-6 ; Girard, *Textes*⁴, p. 377 ; Fitting, *Alter und Folge*², pp. 95-96.

[7] Libertinumve *Collat.*

[8] Paul., *Sent.*, V, 30 b, 1-2 (et *Collat.*, 14, 2, 1-3).

[9] Ecrit après 212. Fitting, *Alter und Folge*², p. 119.

[10] Mss : *eundemque* et *eiusdemque :* Lenel, *Paling.*, II, col. 985, n° 2231 : eundemve.

[11] Huschke (*Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, XIII, p. 43, et *Collat. mos. et rom. legum. Iurispr. anteiustinianae reliq.*, II³) ajoute *sestertium C milium*. Mais cf. Mommsen, dans la *Collectio librorum anteiustiniani*, III.

[12] Lenel, *Paling.*, II, col. 985, n° 2231 : (*in*)sciente domino.

punitur. 5. Eiusdem legis capite secundo tenetur, *qui alieno servo persuaserit, ut dominum fugiat quive alienum servum invito domino celaverit vendiderit emerit dolo malo, quive in ea re socius fuerit :* iubeturque *populo sestertia quinquaginta milia dare*[1].

Marcien, *l. I iudiciorum publicorum*[2] :

..... de bona fide possessore ipsa lex scripta est : nam adicitur : *si sciens dolo malo hoc fecerit*[3].

Basilic., LX, 48, 5, 2 :

Καὶ ὁ συμβουλεύσας ἀλλοτρίῳ δούλῳ φυγεῖν, ἢ κούψας, ἢ δήσας ἀγνοοῦντος ἢ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἢ ἀγοράσας κατὰ δόλον, ἐνέχεται τῷ περὶ ἀνδραποδιστῶν νόμῳ[4].

Sch. 2 sur ce passage :

Καὶ ὁ συμβουλεύσας ἀλλοτρίῳ δούλῳ φυγεῖν] Καὶ εἴ τις δούλῳ ἀλλοτρίῳ ἢ δούλῃ συμβουλεύσει φυγεῖν ἀπὸ τοῦ δεσπότου ἢ τῆς δεσποίνης αὐτῶν, καὶ εἴτε αὐτὸν ἢ ταύτην ἄκοντος τοῦ δεσπότου ἢ ἀκούσης τῆς δεσποίνης ἀποκρύψει, ἢ δεδεμένον σχοίη, ἢ ἀγοράσει ἐν εἰδήσει δόλῳ κακῷ, ἢ κοινωνήσει ἐπί τινι τούτων τῶν συναλλαγμάτων, τῇ τιμωρίᾳ τοῦ νόμου κατέχεται[4].

Basilic., LX, 48, 6, sch. 1 :

Χρηματικὴ ποινή] Ἐν τῷ βιβλίῳ τῶν ἀγωγῶν γέγραπται οὕτως δὲ πλαγιάριος· Ὁ Φάβιος νόμος κινεῖται κατὰ τῶν ἀνδραποδιστῶν καὶ κατὰ τῶν τοὺς φυγάδας οἰκέτας εἰδήσει ἢ δόλῳ ἀποκρυψάντων, ἢ πωλησάντων· προσέτι δὲ καὶ κατὰ τῶν ἐλευθέρους πωλούντων ἢ ἀγοραζόντων· ὃς ποτὲ μὲν εἰς κεφαλήν, ποτὲ δὲ εἰς ἧττον τιμωρεῖ. Χρηματικὴ δὲ τιμωρία οὐκ ἔστιν ἐπὶ τοῦ Φαβίου ἐν χρήσει. Ἐπάγει δὲ καὶ πρὸς τὸ ἁμάρτημα τὴν ποινήν· ὡς ἐπίπαν δὲ μεταλλίζει.... δὲ τοῦτῳ μὴ δίδοται ἐξουσία δεπορτατεύειν, πλὴν ὀλίγων δεμάτων. Γραφὴ δὲ ὠφειλε ἡγεῖσθαι καὶ ἀποφάσις ἐπακολουθεῖν· πουβλίκως γὰρ κινεῖται. Ὁ μὲν τὸν φυγάδα πιπράσκων φ', νομίσμασι προστιμᾶται· ὁ δὲ τοὺς ἀλλοτρίους υἱοὺς ζώντων τῶν γονέων ἐξανδραποδίζων, οἰκέτης μὲν ὢν θηρίοις παραδίδοται, ἐλεύθερος δὲ ὢν ἀποτέμνεται[4].

Basilic., LX, 48, 20 :

Ὁ τὸν ἐλεύθερον ἐν εἰδήσει μὴ βουλόμενον πιπράσκων ἀνδραποδιστής ἐστι[5].

On voit que la loi était rédigée dans ce style redondant, cauteleux, hérissé de répétitions et de précisions presque puériles

[1] *Collat.*, 14, 3, 4 et 5.
[2] Écrit après la mort de Caracalla (217). Fitting, *Alter und Folge*², p. 122.
[3] *Dig.*, 48, 15, fr. 3, pr.
[4] *Basilicorum libri LX*, éd. Heimbach, V, p. 897.
[5] *Basil.*, V, p. 831.

(dominus dominave... : servus servave...), dont les lois romaines nous offrent tant d'exemples. Les jurisconsultes n'ont jamais cité intégralement cette phraséologie ; ils l'ont toujours plus ou moins simplifiée, élaguée, s'appliquant seulement à en conserver l'essentiel. Nous devons, pour tenter une restitution, recueillir tout ce qui nous est parvenu de ces répétitions et précisions surabondantes, et les substituer, partout où cela est possible, aux formes plus raccourcies et moins techniques par lesquelles on les a parfois abrégées. Nous préférerons, par exemple, la forme *in earum qua re* (Callistrate) aux formes *in eam rem* ou *in ea re* (Ulpien), dont on s'explique mal l'alternance ; de même, nous préférerons la forme *civem Romanum eumve qui in Italia liberatus fuerit*[1] (Ulpien) aux formes *hominem ingenuum vel libertinum* (Callistrate) et *civem Romanum ingenuum libertinum*[2] (Paul) ; nous préférerons la forme *si sciens dolo malo hoc fecerit*, citée textuellement par Marcien, à la forme abrégée *sciens dolo malo*[3]. Nous aboutirons à la restitution approximative suivante :

I. In eum qui liber civem Romanum eumve qui in Italia liberatus sit (invitum[4]?) celaverit vinxerit vinctumve habuerit vendiderit emerit, si sciens dolo malo hoc fecerit, quive in earum qua re socius fuerit..... pœna esto[5].

[1] M. Lenel corrige ici le texte de la *Collatio*. Il lit *(Paling.*, II, c. 985, n° 2231) : civem *Romanum* <*ingenuum*> *eundem*<*v*>*e qui in Italia liberatus sit*. M. Wlassak, plus radical *(Röm. Processgesetze*, II, p. 167, 3), croit le texte corrompu, et suppose qu'il portait : *qui lege Iunia liberatus sit*. Nous ne pouvons nous associer à ces conjectures. Celle de M. Wlassak nous paraît notamment exclue par ce fait que la loi Fabia est déjà citée par Cicéron dans son *Pro Rabirio*, prononcé en 691 (=63), tandis que la loi Iunia ne doit pas exister encore en 710, à l'époque où le même Cicéron, dans ses *Topiques*, écrit qu'on ne peut devenir libre que par le cens, la vindicte ou le testament. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 126, 3.

[2] Car *libertinus* est pris ici, comme il arrive ordinairement chez les auteurs juridiques, dans le sens d'*affranchi* et non de *fils d'affranchi*. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[9], Iéna, 1907, v° *Libertinus*, p. 315.

[3] En ce sens, Pernice, *Labeo*, II, 1[2], p. 138, 8.

[4] *Invitum* n'est donné que par Callistrate. Le mot figurait-il dans le texte légal, ou n'est-ce qu'une addition postérieure ? Il semble que les mots *sciens dolo malo* suffisaient à écarter toute difficulté. Voy. cependant Ferrini, *Diritto penale romano*, p. 186 ; Pernice, *Labeo*, II, 1[2], p. 85, 1.

[5] Bruns *(Die römischen Popularklagen. Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, III, 1864, p. 363) a remarqué avec raison que les termes d'Ulpien (*pœna iniungitur*) devaient correspondre à une forme légale *pœna esto*. Mais nous ne pouvons, comme il le fait, y joindre la conjecture de Huschke *(HS C milia) (Supra*, p. 108, n. 11).

Si servus (servave?) sciente domino (dominave?) civem Romanum eumve qui in Italia liberatus sit (invitum?) celaverit vinxerit vinctumve habuerit vendiderit emerit[1], in dominum dominamve eius pœna HS L milia sunto[2].

II. Qui (liber) servo alieno servaeve[3] persuaserit ut a domino dominave fugiat, quive servum alienum servamve invito vel insciente domino dominave (suppresserit[4]?) celaverit vinxerit vinctumve habuerit vendiderit emerit, si sciens dolo malo hoc fecerit, quive in earum qua re socius fuerit, populo HS L milia dare damnas esto[5].

Si servus sciente domino (dominave?) servum alienum servamve subtraxerit vendiderit celaverit, dominus dominave eius.....

Si, comme on peut le penser[6], l'action de la loi *Fabia* était populaire, il faut ajouter aux termes indiquant la *pœna* la formule ordinaire qui sert à indiquer ce caractère *(eiusque pecuniae qui volet*

[1] Faudrait-il, au lieu de répéter ici l'énumération précédente, s'en tenir à la formule abrégée d'Ulpien : *Si servus sciente domino fecerit?* C'est possible, bien que le parti que nous avons pris nous semble plus conforme aux habitudes des législateurs romains. En tout cas, il nous paraît difficile de comprendre dans une même phrase le délit commis par le *liber* et celui commis par le *servus*, parce que la sanction est nécessairement rédigée différemment : dans le premier cas, elle atteint l'auteur du délit lui-même, et, dans le second, son *dominus*.

[2] Il nous semble résulter, en effet, du témoignage d'Ulpien, que la sanction de cette partie du précepte se traduisait aussi par un *pœna esto* (= dominus eius sestertiis quinquaginta milibus eodem capite punitur). Quant à la forme, nous nous sommes inspirés du sénatus-consulte *de Aquaeductibus* (743), rapporté par Frontin, *De aquis urbis Romae* (Ed. Buecheler 1858), c. 127. Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], p. 193; Girard, *Textes*[4], p. 131 : Si quis adversus ea conmiserit, in singulas res pœna HS dena milia essent.

[3] Nous suivons, ici et plus bas, Callistrate. On pourrait aussi répéter l'adjectif *alienus*, comme dans l'édit *de servo corrupto* (Ulpian., *l. XXIII ad Edict.*, *Dig.*, 11, 3, fr. 1, pr. : servum servam alienum alienam.

[4] Le verbe *suppresserit* n'est pas dans nos textes. Mais Paul semble s'y référer à une autre place (V. 6, 14 : Adversus eum qui hominem liberum vinxerit suppresserit incluserit, operamve, ut id fieret, dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio redditur...). D'ailleurs, il paraît bien que l'on a parfois fait dépendre l'application de la loi Fabia d'une interprétation plus ou moins large du mot *supprimere*. P. ex. *Dig.*, 48, 15, fr. 3 pr. : *suppressi* mancipii; fr. 6, 1 : hunc *suppressorem*; 47, 2, fr. 39 : qui *subpressit* scortum; fr. 83, 82, 2 : Si *subpressit*...

[5] D'après Ulpien : iubetur populo sestertia quinquaginta milia dare. En ce sens, Bruns, *Popularklagen*, p. 363.

[6] Bruns, *Popularklagen*, p. 345; Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 782 (Tr. Duquesne, III, p. 92). Cf. Fadda, *L'azione popolare*, I, 1894, p. 365.

petitio esto[1]) et peut-être une disposition attribuant à l'accusateur une certaine quotité de la condamnation (p. ex. : *Delator quartam accipiet*[2]; — ou bien *Eius pecuniae quod receptum erit partem dimidiam ei cuius unius opera maxime is condemnatus erit, dato*[3]). Remarquons aussi que nous avons fixé le montant de la *pœna* à cinquante mille sesterces (cinquante *sestertia*, ou grands sesterces, dit le fragment *De jure fisci*[4]. Mais les textes sont assez contradictoires. Paul, dans un passage de ses *Sentences* au titre *De fugitivis*[5] parle de cinq cent mille *sestertii* (ou *sestertia* : le texte, portant *sestertiorum D milium*, peut s'entendre dans les deux sens). On corrige (Huschke, Mommsen) et on lit *sestertiorum L milium*, que l'on prend, en outre, pour cinquante mille *sestertii*[6]. Quant à Ulpien, il énonce, à deux reprises[7], une *pœna* de cinquante mille *sestertia*, soit cinquante millions de *sestertii*. C'est l'énormité de cette somme, surtout pour l'époque ancienne où la loi Fabia a sans doute été rendue, qui nous engage à accepter la *pœna* indiquée par le fragment *de iure fisci*.

Du troisième chef de la loi *Fabia*, nous n'avons qu'une mention très brève dans un texte d'Ulpien, *l. I ad Edictum*. Ulpien commente un sénatus-consulte qui interdit aux propriétaires de grands domaines de donner asile aux esclaves fugitifs. Ce sénatus-consulte donne accès aux militaires et aux civils qui veulent quérir des fugitifs dans les domaines des sénateurs ou des propriétaires

[1] P. ex. *l. Julia municipalis*, l. 19. *C. I. L.*, I, 206; Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], p. 103; Girard, *Textes*[4], p. 82. *L. Julia agraria*, IV : Bruns-Gradenwitz, p. 96; Girard, *Ibid.*, p. 71.

[2] Cf. *C. I. L.*, V, 592; XIV, 850; etc.

[3] *L. Julia agraria, l° c°*, c. V. De même *Sen. cons. de aquaeductibus, l° c° :* ex quibus pars dimidia praemium accusatori daretur, cuius opera maxime convictus esset qui adversus hoc S. C. commisisset, pars autem dimidia in aerarium redigeretur.

[4] *Fragment de jure fisci*, 9 (Girard, *Textes*[4], p. 496) : Absentes fugitivos venum dari aut comparari amplissimus ordo prohibuit denuntiata in emptorem venditoremque pœna sestertiorum quinquaginta, quae hodie fisco vindicatur.

[5] Paul., *Sent.*, I, 6 a, 2 : Contra decretum amplissimi ordinis fugitivum in fuga constitutum nec emere nec vendere permissum est, irrogata pœna in utrumque sestertiorum D milium. Cf. aussi *Basil.*, 60, 48, 6, sch. 1.

[6] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 782, 1 (Trad. Duquesne, III, p. 92, 2).

[7] *Sestertiis quinquaginta milibus* (s'il s'agissait de *sestertii*, Ulpien eût écrit *sestertiorum* (ou *sestertium*) *quinquaginta milibus*) : — *sestertia quinquaginta milia*. M. Lenel, *Paling.*, II, c. 985, n. 2231, croit devoir corriger le témoignage de la *Collatio*. Il lit : *sesterti<um> quinquaginta milia*.

ruraux[1]. C'est à quoi avaient déjà pourvu, remarque Ulpien, la loi Fabia et un sénatus-consulte rendu sous le consulat de Modestus :

Hoc autem senatus consultum aditum etiam dedit militi vel pagano ad investigandum fugitivum in praedia senatorum vel paganorum (cui rei etiam lex Fabia prospexerat et senatus consultum Modesto consule factum), ut fugitivos inquirere volentibus litterae ad magistratus dentur, multa etiam centum solidorum in magistratus statuta, si litteris acceptis inquirentes non adiuvent. Sed et in eum, qui quaeri apud se prohibuit, eadem poena statuta[2].

Dans ce texte, les mots *et senatusconsulto Modesto consule factum* ont visiblement été ajoutés après coup : la preuve en est fournie par l'emploi du verbe au singulier (*prospexerat*), qui se référait, dans le texte primitif, à la seule loi Fabia. On peut rechercher qui était ce Modestus. Le nom n'est pas un *nomen gentilicium*, mais un simple *cognomen* usité dans les *gentes* Asconia, Aufidia, Claudia, Domitia, Gabinia, Geminia, Iulia et Mettia, et, par conséquent, ne peut servir que tout à fait exceptionnellement à identifier un magistrat. En fait, nous ne connaissons qu'un seul personnage qu'on désigne couramment du nom de Modestus : celui qui fut consul pour la deuxième fois en 228 après Jésus-Christ[3]. Il y a peu de chances pour que son premier consulat se place avant la rédaction des premiers *libri ad Edictum* d'Ulpien, qui a eu lieu sûrement avant 217, mais sans doute après 212[4]. La mention du sénatus-consulte rendu *Modesto consule* aurait était intercalée dans le texte soit par Ulpien lui-même dans une revision de son ouvrage, soit, plutôt (car Ulpien n'aurait guère commis une faute d'accord), par quelque auteur de glossème. Dès lors, les mots *et senatusconsulto Modesto consule factum*, auxquels on aurait pu songer pour fournir un terme *ad quem* après lequel la loi Fabia ne saurait se localiser, ne nous donnent rien de plus que le fragment d'Ulpien lui-même.

On le voit, tout ce que nous pouvons conclure de ce témoignage,

[1] Le mot *paganus* paraît successivement dans ce texte avec les deux acceptions principales que lui assignent Hermann Steger (*Handerrätsel*), p. 130.

[2] *Dig.*, XI, 4, fr. 1, § 2.

[3] *C. I. L.*, III, 4168; VI, 13; IX, 1558; XIV, 2216; XV, 4118 (*Prosopographia imperii Romani*, II (éd. Dessau), 1897, p. 184, n°s 475 et 476).

[4] Fitting, *Alter und Folge*, pp. 104 et sqq.

c'est que la loi Fabia a créé la première procédure pour rechercher les esclaves fugitifs dans les propriétés où ils se cachaient. Cette procédure se différenciait probablement de la *quaestio* privée *lance licioque* parce qu'elle faisait intervenir la force publique. Mais nous ne savons rien de plus. La restitution du texte est impossible, faute d'éléments.

2

Il nous reste à rechercher la date de la loi Fabia. Les opinions varient. Mommsen[1] la place à la fin de la République, après la guerre sociale, c'est-à-dire après 666 (= 88), mais probablement beaucoup plus tard. Elle serait sortie du besoin de réprimer l'anarchie qui régnait alors en Italie, et aurait visé surtout à empêcher les rapts de citoyens et d'esclaves opérés par de véritables sociétés organisées à cet effet. Les termes de la loi (*qui in eam rem socius fuerit*) s'appliqueraient, non aux coauteurs du *plagium*, mais aux *societates* de publicains qui pratiquaient couramment cette sorte de traite. Mommsen cite, à l'appui de son hypothèse, un texte de Suétone : « Rapti per agros viatores sine discrimine liberi servique ergastulis possessorum supprimebantur et plurimae factiones titulo collegii novi ad nullius non facinoris societatem coibant[2]. » Ce texte rapporte des faits qui se passaient vers l'avènement d'Auguste.

Mais cette conjecture de Mommsen est fragile. La plupart des historiens s'accordent pour placer la loi Fabia à une époque sensiblement plus reculée. On remarque, en effet, que Cicéron cite la loi Fabia, à côté de la loi Porcia, due à Caton le Censeur[3], dans son plaidoyer *pro C. Rabirio perduellionis reo* prononcé en 691 (= 63[4]) : « An de servis alienis contra legem Fabiam retentis, aut de civibus romanis contra legem Porciam verberatis aut necatis plura dicenda sunt[5]...? », plaidoyer dans lequel il défend Rabirius contre des griefs se rattachant à des faits anciens, probablement anté-

[1] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 780, n. 2 et 4 (Trad. Duquesne, III, p. 90, n. 1 et 3).
[2] Suéton., *Aug.*, 32. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 780, n. 8 et 781, n. 1 (Trad. Duquesne, III, p. 91, n. 1 et 2).
[3] Cf. Festus, V° *Pro scapalis*, éd. M., p. 234 ; éd. Th., p. 298.
[4] Schanz, *Gesch. der römischen Litteratur*, I, 2e, p. 249.
[5] Cic., *Pro C. Rabirio perduellionis reo*, 3, 8.

rieurs à la guerre sociale[1]. On remarquera, d'autre part, que la loi Fabia, dans son premier chapitre, déclare ne s'appliquer qu'aux citoyens romains et aux affranchis d'Italie (Ulpien : *civem Romanum cumve qui in Italia liberatus sit ;* Paul : *civem Romanum ingenuum libertinum).* Cela comprend tous les affranchis citoyens (mais seulement les affranchis citoyens[2] d'Italie) ; cela exclut les pérégrins et les Latins, ingénus ou affranchis, ainsi que les affranchis créés hors d'Italie. Une disposition législative conçue dans un esprit aussi étroitement nationaliste se situe forcément très haut dans le passé. Dès le VIe siècle, on a commencé à étendre aux alliés d'Italie les dispositions de faveur prises dans certains cas pour les citoyens romains. Ainsi, en 561, la loi Sempronia étendit aux alliés les règles applicables aux prêts d'argent entre citoyens[3] ; en 611, la loi Didia étendit à tous les Italiens des lois somptuaires (l. Oppia, 539, et l. Fannia, 593) qui n'atteignaient que les citoyens[4]. La loi Fabia se place à une époque où ces tendances extensives n'avaient pas encore prévalu et où on respectait pleinement l'autonomie juridique des *Italici*. Cela nous reporte nécessairement au VIe siècle U. C. (au plus tard), et plutôt dans la première moitié du VIe siècle que dans la seconde.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que nous trouvions mentionnée chez Plaute une procédure publique de perquisition servant à retrouver les esclaves disparus. Cette procédure pourrait être celle qu'organisait le troisième chapitre de la loi Fabia. La mention se trouve dans le *Mercator* (III, 4, 78-80[5]). Eutychus délibère sur les moyens de retrouver une *ancilla* volée :

[1] Cic., *Pro C. Rab. perduellionis reo*, 9 : « Causam enim suscepisti antiquiorem memoria tua » Le principal grief articulé contre C. Rabirius, le meurtre d'Appuleius Saturninus, remonte à 654 (= 100).

[2] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 780 (Tr. Desjardins, III, p. 90) croit que la loi Fabia s'appliquait aux affranchis latins ou déditices d'Italie. Cette façon de voir est contredite par Paul (*Coll.*, 14, 2, 1 : civem Romanum ingenuum libertinum), qui prouve à notre sens que, même sans remanier le texte d'Ulpien comme le fait M. Lenel (*Paling.*, II, col. 985, n° 2231), les mots *cumve qui in Italia liberatus sit* ne doivent s'entendre que d'affranchis citoyens. Le système de Mommsen a sa source dans l'idée préconçue de cet auteur, pour qui la loi Fabia date de la dernière période de la République.

[3] Wlassak, *Processgesetze*, II, p. 152.

[4] Wlassak, *Prozessgesetze*, II, p. 154.

[5] Plaut., *Merc.*, 663-665.

Certumst praeconum iubere iam quantum est conducier,
qui illam investigent, qui inveniant. Post ad praetorem ilico
ibo, orabo, ut conquaestores det mi in vicis omnibus...

Deux moyens s'offrent donc à Eutychus pour retrouver son esclave : 1° louer des *praecones* qui la cherchent; c'est un procédé d'investigation privée; 2° s'adresser au préteur pour obtenir le concours de détectives *(conquaestores)* publics[1] qui fouillent tous les *vici*. L'institution paraît romaine; il ne semble pas que Plaute ait fait allusion ici à un usage grec. En effet, les deux procédures attiques qui rappellent le plus le système visé par Plaute — l'ἔνδειξις, et surtout l'ἐφήγησις — servent, non point à rechercher des coupables inconnus, et à retrouver ce qu'ils se sont approprié, mais à punir des coupables déjà connus et surpris en état de flagrant délit[2]. Nous croyons donc que la loi Fabia était antérieure à Plaute, et que c'est à l'une de ses dispositions que se rapporte le passage du *Mercator* cité plus haut[3].

Nous n'avons pas, d'ailleurs, le moyen de préciser davantage. Il serait absolument vain de vouloir rattacher la loi Fabia à l'un quelconque des *Fabii* qui ont exercé des magistratures à Rome avant le milieu du VIe siècle[4].

[1] Il est aussi question de ces *conquaestores* (ou *conquisitores)* dans le prologue d'*Amphitruo*, vv. 64 et sqq. Mercure prévient les spectateurs que, sur l'ordre de son père Jupiter, des sergents devront circuler dans l'auditoire, pour observer les fauteurs de cabales, et saisir, à titre de gage, leur toge :

Nunc hoc a me orare a vobis iussit Iuppiter,
ut conquaestores singula in subsellia
eant per totam caveam spectatoribus,
si cui favitores delegatos viderint,
ut is in cavea pignus capiantur togae.

Le terme *conquaestor*, *conquisitor*, désigne régulièrement des agents inférieurs de l'autorité publique. Plusieurs textes l'appliquent à des sergents recruteurs. Liv., XXI, 11; Cic., *Pro Milone*, 25, 67.

[2] *Infra*, c. IV, § 3.

[3] En ce sens, Voigt, *Ad legem Fabiam*, p. 320; Cuq, v° *Lex*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, III, 2, p. 1143. Ussing., *T. Maccii Plauti comoediae*, IV, I, 1891, p. 338. On n'objectera pas que le mot *plagium* paraît inconnu des auteurs latins du VIe siècle. Ce mot, qui ne figure pas dans le texte de la loi, n'a été appliqué qu'à une époque récente au délit réprimé par la loi Fabia.

[4] Voigt, *l° c°*, attribue la loi Fabia à *Q. Fabius Verrucosus*, consul de l'année 545 = 209. De même Peter, *Wahrheit und Kunst, Geschichtschreibung und Plagiat im klassischen Alterthum*, Leipzig, 1911, p. 449, 2. Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, p. 91 (suivi par Bruns, *Popularklagen*, p. 362) et Pernard, *Le droit grec et le droit romain dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon, 1900, p. 167, adoptent la

3

De la loi Fabia *de plagiariis* qui a créé une action populaire applicable à un délit qui, s'il n'est pas un *furtum*, ressemble du moins à un *furtum*, nous devons rapprocher une loi Hostilia, probablement contemporaine, qui institue une action *furti* populaire[1]. Un texte des Institutes de Justinien nous fait connaître son existence. Il nous apprend que la loi Hostilia permettait d'exercer l'action *furti* au nom des citoyens qui étaient captifs chez l'ennemi, absents dans un intérêt public, ou sous la tutelle de personnes qui se trouvaient elles-mêmes dans l'une de ces deux situations :

Lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent[2].

Nous ne savons pas où les rédacteurs des Institutes ont pris cette information ; nous n'avons pas d'autre donnée sur la matière[3], puisque le Commentaire de Théophile se borne à reproduire, bien qu'en une forme un peu plus lâche, le texte des Institutes, sans y rien ajouter de significatif :

Ὁ ὀστίλιος νόμος ἐπέτρεπεν, εἰ συνέβη τινὸς τῶν ὄντων παρὰ τοῖς πολεμίοις ἢ

date de 571, qui nous paraît devoir être écartée à raison de la date de la mort de Plaute (570). Cf. l'*Index legum* de l'édition des œuvres de Cicéron par Orelli et Baiter, VIII, p. 174. M. Wlassak, plus prudent, place la loi Fabia « au VIe ou au VIIe siècle ». Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 138, 9, veut la placer « après la guerre des Marses », c.-à-d. après l'extension du droit de cité à toute l'Italie (666 = 88) les termes de la loi ne peuvent se comprendre, dit-il, que si tous les Italiens étaient citoyens romains. Mais il faudrait prouver d'abord que la loi doit effectivement s'étendre à tous les Italiens. Or, même en la situant à cette époque, sa forme restrictive ne permet pas de l'admettre. Remarquons qu'on ne peut s'appuyer sur la langue de la loi pour la dater : nous avons vu qu'elle a été rajeunie.

[1] Sur cette loi, en général, voy. Huuza, *Ueber das lege agere pro tutela*, Erlangen, 1877, pp. 10, 39 et sqq. ; Cuq, *Institutions juridiques*, I, pp. 478, 575 ; Lanza, *L'azione popolare*, I (Torino, 1894), p. 48.

[2] Just., *Inst.*, IV, 10, pr.

[3] Sur l'hypothèse de M. Naber, *Observationum alae de jure romano*, *Mnemosyne*, XVII (1888), pp. 389-390, qui rapporte à la loi Hostilia le *procurator* « qui [illegible] procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non sit, absentes res peddisse causa », dont parle Cicéron (*Pro Caecina*, 20, 57), voy. Girard, *Mélanges juridiques*, I, p. 192, 1 ; Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I, p. 234, 1001 ; Wlassak, *La cognitio*, Paris, 1911, p. 21, 1 ; Costa, *Cicerone giureconsulto*, [illegible], p. 175-[illegible].

reipublicae causa ἀποδημούντων πράγματα κλαπῆναι, κινεῖν τὸν βουλόμενον τὴν furti ἀγωγήν. Εἰ δὲ καὶ ἐπετρόπευον pupillu, ὑποστῇ δὲ οὗτος κλοπὴν, ἐμοῦ ὄντος παρὰ τοῖς πολεμίοις ἢ reipublicae causa ἀπόντος, ὁμοίως ὁ βουλόμενος ἐκίνει τὴν furti[1].

Quoi qu'il en soit, il s'agit là certainement d'une loi instituant une action populaire. C'est donc une hypothèse gratuite que de supposer, comme l'a fait M. Bremer[2], que cette action a été créée par la doctrine. Cicéron parle, il est vrai, dans le *De Oratore*[3] d'un recueil d'*Hostilianae actiones;* mais rien n'établit que ce recueil contînt des formules relatives au *furtum ;* Cicéron le cite uniquement à propos d'un débat sur un testament[4], et l'on peut même se demander s'il songe à un formulaire d'actions (analogue au formulaire de M'. Manilius qui porte précisément ce même titre d'*Actiones*[5]) composé par un jurisconsulte appelé Hostilius[6], ou

[1] *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, IV, 10, éd. Ferrini, Berolini, 1884, p. 457, l. 19-24.

[2] Bremer, I, p. 41 : on aurait attribué après coup, à la suite d'une confusion, le caractère d'une loi à une œuvre privée.

[3] Cic., *De orat.*, I, 57, 245.

[4] Et credo in illa militis causa si tu aut heredem aut militem defendisses, ad Hostilianas te actiones, non ad tuam vim et oratoriam facultatem contulisses. Tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum videretur; vel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses; statuisses ante oculos: complexus esset filium, flensque eum centumviris commendasset...

[5] En ce sens Joers, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, Berlin, 1888, pp. 88-89; Bremer, I, p. 40. D'une façon générale il faut se garder d'attribuer trop vite une portée juridique aux *Actiones* dont font mention divers textes. Ainsi M. Joers penche à croire (*op. cit.*, p. 89, 2) que Q. Cosconius avait composé un recueil juridique de ce titre. Il tire cette conclusion d'un témoignage de Varron (*De L. L.*, VI, 89 : Hoc idem Cosconius in actionibus scribit). Cf. Huschke-Seckel-Kuebler, I, p. 10. Mais M. Reitzenstein a démontré (*M. Terentius Varro und Johannes Mauropus von Euchaita*, Leipzig, 1901, p. 41) que les mots *in actionibus* ne se réfèrent pas au titre du livre de Cosconius.

[6] L'existence d'un jurisconsulte du nom d'Hostilius, admise par Bremer, *l° c°*, reste douteuse. On pourrait, croyons-nous, ajouter pourtant un petit argument à ceux qui militent pour l'affirmative. Cet argument se tirerait des vers de Lucilius rapportés par Nonius (éd. Merc., 25, 18; éd. Lindsay, I, p. 37) dans lesquels le poète associe, dans une commune invective, le jurisconsulte Manius Manilius (cos. 605 = 149 et le préteur L. Hostilius Mancinus (préteur en 606 = 148, consul en 609 = 145) : Hostiliu' contra pestem permitiemque catax quam et Maniu' nobis. Remarquons cependant que les leçons *Hostilius* et *Manius* sont dues à des restitutions, et que Lucilius a peut-être fait allusion à certaines mésaventures militaires des deux personnages qu'il attaque, plutôt qu'à la communauté de leur vocation juridique.

à une collection de discours prononcés par un orateur de ce nom[1].

La loi Hostilia remonte à l'époque où les actions de la loi existaient seules. Le témoignage des Institutes exclut toute hésitation sur ce point[2]. Nous ne pouvons donc pas la placer plus tard que le VIe siècle. Pouvons-nous proposer une date circonscrite dans des limites plus étroites? Nous manquons de documents, et un texte important de Valère Maxime, versé au débat par Voigt[3], ne donne pas de précisions suffisantes. Ce texte rapporte l'aventure du proconsul M. Atilius Regulus, qui dirigeait en 499, pendant la première guerre punique, les opérations sur le territoire carthaginois. Le *vilicus* qui cultivait son domaine en son absence était mort, et un ouvrier à gages (*mercenarius*) avait profité de l'occasion pour détourner le matériel de l'exploitation et disparaître. Regulus, craignant de voir sa femme et ses enfants réduits à la misère, demandait aux consuls à résigner ses fonctions et à revenir en Italie. Le sénat, saisi de la question par les consuls, décida de pourvoir à la location du fonds de Regulus et à la subsistance de sa famille, et de racheter ce qu'il avait perdu :

Atilius Regulus, primi Punici belli gloria, cladesque maxima, quum in Africa insolentissimae Carthaginis opes crebris victoriis contunderet, ac prorogatum sibi ob bene gestas res in proximum annum imperium cognosceret, consulibus scripsit, villicum in agello, quem septem iugerum in Pupinia habebat, mortuum esse, occasionemque nactum mercenarium amoto inde rustico instrumento discessisse; ideoque petere, ut sibi successor mitteretur, ne deserto agro non esset, unde uxor et liberi sui alerentur. Quae postquam senatus a consulibus accepit, et agrum Atilii illico colendum locari, et alimenta conjugi eius ac liberis praeberi, resque quas amiserat redimi publice iussit. Tanti aerario nostro virtutis Atilianae exemplum, quo omnis aetas Romana gloriabitur, stetit[4].

L'interprétation de ce passage soulève bien des difficultés juridiques. On est surpris de constater qu'il n'est question d'aucune

[1] En ce sens Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 264. Mais cette opinion ne cadre que difficilement avec l'ensemble du témoignage de Cicéron.

[2] Cicéron, v° *Lex*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, III, 2, p. 1056.

[3] Voigt, *XII Tafeln*, I, pp. 297-298.

[4] Val. Max., VI, 4, 6.

sanction (pénale ou même restitutive) contre le *mercenarius* indélicat. 1° Il n'est question d'aucune sanction pénale. C'est pourquoi Voigt conclut que la loi Hostilia n'avait pas encore été rendue en 499 : nul ne pouvait encore agir *furti* à la place de l'absent et pour son compte. La conclusion, quoique admissible, n'est pas certaine. L'action de la loi Hostilia eût pu exister et se trouver exclue ici par les circonstances de l'espèce, par exemple parce que le *mercenarius* avait disparu[1]. 2° Il n'est même question d'aucune sanction restitutive, et cette indication, que Voigt a négligée, est plus inattendue que la précédente. Regulus ne se plaint pas d'avoir été volé; les mots *furtum* ou *furari* ne figurent pas dans le texte[2]; il craint surtout que le fonds ne puisse plus être désormais exploité et nourrir sa famille. On se demande alors si l'*instrumentum* appartenait au *mercenarius?* Mais cet *instrumentum* est désigné plus loin par la périphrase *res quas amiserat (Regulus)* : il appartenait donc bien à Regulus. Comment comprendre, dès lors, que le Sénat fût obligé, pour le lui rendre, de le racheter[3]? Il faut supposer que le détournement commis par le *mercenarius* était pour lui une cause d'acquisition, et cela entraîne des difficultés presque insolubles : difficultés relatives à la notion du *furtum*, si l'on admet que ce détournement n'était pas un *furtum;* difficultés relatives à la conciliation du texte avec la prohibition d'usucaper les *res furtivae* (prohibition consacrée, à en croire la tradition, par les Douze Tables), si l'on admet que ce détournement était un *furtum*[4].

[1] Mercenarium... discessisse.

[2] Il désigne le fait du *mercenarius* par le mot *amovere*, qui s'emploie dans des cas où l'auteur du détournement avait un droit, au moins éventuel, sur les choses détournées (p. ex. action *rerum amotarum*).

[3] *Redimere*, pris dans son sens propre, signifie « racheter la chose même qui avait été perdue » (Cf. Alfenus, *Dig.*, 12, 6, fr. 36 : *furti redimendi causa. Infra*, c. XII, § 4), et non « acheter une autre chose à la place de celle qui était perdue ». Le deuxième sens, qui apparaît dans quelques textes (p. ex. Plaut., *Men.*, v. 673 (IV, 2, 109) et v. 680 (IV, 3, 6), reste exceptionnel, tandis que le premier est très fréquent.

[4] Y a-t-il un *furtum* possible sur les biens d'un absent? ou bien le fait de s'approprier ces biens est-il une cause légitime d'acquisition (soit d'acquisition immédiate, soit d'usucapion)? Cela ne fait pas trop difficulté pour les biens d'un captif, qui deviennent *res nullius* (à tel point qu'on a longtemps hésité à donner l'action *furti* au captif qui, de retour à Rome, se prévalait du *postliminium*. Ulpian., *l. XLI ad Sab. Dig.*, 47, 2, fr. 41, pr. Lenel, *Paling.*, II, p. 1165, n. 2868 : Si, cum quis in hostium potestate esset, furtum ei factum sit, et postliminio redierit,

Somme toute, avec des données aussi incertaines[1], toute conclusion ferme nous est interdite; nous ne pouvons décider ni si la loi Hostilia était réellement postérieure à l'année 499, ni si elle a créé une action *furti* que l'absent lui-même n'eût pu exercer à son retour, ou si elle s'est bornée à rendre populaire une action qu'il eût pu exercer.

A défaut d'un témoignage précis sur la date de la loi Hostilia, nous avons du moins des vraisemblances générales qui la situent au VIe siècle. Elle se rattache naturellement à une époque où, par les guerres et le commerce, les absences se sont multipliées. Elle a, sans doute, été votée dans l'intérêt des plébéiens. La *gens Hostilia* était une *gens* plébéienne; l'auteur de la loi doit être un tribun de la plèbe, et la loi doit être un plébiscite[2]. Elle se rapproche des nombreux plébiscites votés au VIe siècle pour améliorer la condition privée des plébéiens (lois *Cincia*, *Furia testamentaria*, *Publilia*, *Appuleia*, etc., et, sans doute, loi *Fabia de plagiariis*). Nous croyons donc inexact de l'attribuer à un préteur et, plus spécialement, comme le fait Voigt[3], au préteur de 545 ou à celui de 547[4].

poterit quis dicere eum furti habere actionem. Ce texte est peut-être de Sabinus. Bremer, II, p. 566, 31. Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 378, n. 62. Mais pour les absents *rei publicae causa*, qui n'ont subi aucune *capitis deminutio*, ce qui est le cas de Regulus, la question devient très délicate. Il n'est pas sûr que l'on puisse la résoudre à l'aide des principes admis pour le *thensaurus* ou l'hérédité jacente.

[1] La solution de la difficulté relative à la prohibition d'usucaper les choses volées sera donnée plus loin. Nous verrons qu'il n'existait aucune prohibition de ce genre dans les XII Tables. Quant à la loi Atinia, — postérieure d'ailleurs à 499, — elle ne s'applique qu'aux *res subruptae*, et non à celles qui n'ont fait l'objet que d'un abus de confiance, ce qui est le cas ici. Il est intéressant de faire cette remarque, parce que l'anecdote rapportée par Valère Maxime a pu être composée avec des détails juridiques récents.

[2] Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I², p. 575, 2.

[3] Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 282, 14.

[4] On trouve en effet en 545 (= 209) un préteur urbain du nom de C. Hostilius Tubulus, et, en 547 (= 207), deux préteurs du nom de C. Hostilius Cato et A. Hostilius Cato (Liv., XXVII, 35 et 36).

CHAPITRE III

LE SERMENT DES RECRUES DE C. LAELIUS ET L. CORNELIUS SCIPIO ASIATICUS (564)

§ 1. Analyse du texte. — § 2. Ce qu'il nous apprend sur le *furtum* du droit commun.

I

Le plus ancien texte d'origine doctrinale se rapportant à la matière du *furtum* est la vieille formule de serment que font prêter les tribuns militaires aux recrues. Cette formule, composée soigneusement en termes techniques, trahit la main d'un juriste, prêtre ou laïque, dont nous ignorons le nom[1]. L'archéologue L. Cincius (contemporain de Cicéron[2]) la rapporte dans les termes suivants[3] :

Cum dilectus antiquitus fieret, et milites scriberentur, iusiurandum eos tribunus militaris adigebat in verba haec [Magistratus verba] : « C. Laelii C. fili consulis L. Cornelii P. fili consulis in exercitu decemque milia passuum prope furtum non facies dolo malo[4] solus neque cum pluribus pluris nummi argentei in dies singulos ; extraque hastam, hastile, ligna, poma[5], pabulum, utrem, follem,

[1] On doit probablement assigner la même origine à la seconde formule de serment militaire, citée, toujours d'après le *De Re Militari* de Cincius, par Gell., *N. A.*, XVI, 4, 4. Par ce second serment, les recrues promettaient de répondre à un jour dit à l'appel, pour être incorporées et partir en campagne, mais se réservaient un certain nombre d'excuses (*morbus sonticus, funus familiare, feriae denicales, status conditiosve dies cum hoste*, etc.) calquées sur celles qu'admettait le droit civil au profit du plaideur défaillant (*in iudicio* Cf. *XII Tab.* II, 2, *Leges Iuliae Genetivae Iulae* (710), c. 96 Bonn., *XII Tabula*, I, p. 592 n. 21 et 22 p. 597 sq.).

[2] Sur L. Cincius, voy. Schanz, I, 2, p. 502 ; Heerz, *De Lucio Cincio*, Berlin, 1842.

[3] Gell., *N. A.*, XVI, 4, 9 (Ed. Hosius, II, p. 163), suivant L. Cincius, L. 3, *De re militari*. Bremer, I, pp. 254-255 ; Huschke, Seckel-Kuebler, I, pp. [illegible].

[4] Huschke intercale ici une première fois *neque* [illegible] *neque* [illegible] *solus neque cum pluribus*.

[5] Huschke [illegible] *eorum*.

faculam si quid ibi inveneris sustulerisve, quod tuum non erit, quod pluris nummi argentei erit, uti tu ad C. Laelium C. filium consulem Luciumve Cornelium P. filium consulem sive quem ad uter eorum iusserit, proferes aut profitebere in triduo proximo, quidquid[1] inveneris sustulerisve dolo malo[2], aut domino suo, cuium id censebis esse, reddes, uti quod rectum[3] factum esse voles?[4] »

Ce texte peut être daté exactement. Le consulat de C. Laelius C. f. C. n. et de L. Cornelius P. f. L. n. Scipio Asiaticus se place en 564 U. C. (= 190 a. Chr.[5]). La formule de serment remonte donc au moins à cette date, bien qu'elle ait été visiblement rajeunie dans la forme depuis sa première rédaction[6].

Nous possédons un autre témoignage sur l'usage de faire prêter serment aux recrues. C'est celui de Polybe; mais il ne cite pas textuellement la formule du serment :

Μετὰ δὲ τὴν στρατοπεδείαν συναθροιςθέντες οἱ χιλίαρχοι τοὺς ἐκ τοῦ στρατοπέδου πάντας ἐλευθέρους ὁμοῦ καὶ δούλους ὁρκίζουσι, καθ' ἕνα ποιούμενοι τὸν ὁρκισμόν. Ὁ δ' ὅρκος ἐστὶ μηδὲν ἐκῇ τςπαρεμβολῆς κλέψειν, ἀλλὰ κἂν εὕρῃ τι, τοῦτ' ἀνοίσειν ἐπὶ τοὺς χιλιάρχους[7].

L'information de Polybe est beaucoup plus sommaire que celle de L. Cincius. En outre, elle ne lui correspond pas exactement. Cincius parlait d'un serment imposé aux recrues seulement, au moment du *dilectus*. Polybe parle d'un serment imposé à toute personne, libre ou esclave, présente au camp lorsque le contingent s'y trouve définitivement réuni, et après qu'on a procédé à la *castrametatio;* il ne mentionne, au moment du *dilectus*, qu'un serment

[1] Huschke : quo quid.

[2] Huschke : <sine> dolo malo aut domino suo, ... reddes.

[3] Huschke : recte.

[4] Les éditeurs ne mettent pas ici de point d'interrogation. Nous l'ajoutons parce qu'il s'impose. Toute formule de serment était d'abord prononcée sous forme d'interrogation par celui *qui iusiurandum adigebat;* après quoi, celui qui s'obligeait jurait *in verba praeeuntis*.

[5] *C. I. L.*, I (*Fast. Capit.*), p. 436, XVIII b. Peut-être la formule de serment avait-elle été composée par l'un des *tribuni militum* de l'année 564? Mais nous ignorons leurs noms. Un seul d'entre eux, M. Aemilius, nous est connu (Liv., XXXVII, 43).

[6] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 141, 1; Marquardt, *Organisation militaire chez les Romains* (Tr. Brissaud, dans le *Man. des Antiquités romaines* de Marquardt et Mommsen), p. 86, 6.

[7] Polyb., VI, 33, 1 et 2.

d'obéissance et de fidélité[1] *(sacramentum militare)*. Ainsi Polybe et Cincius se contredisent. Marquardt[2] donne sur ce point la préférence au témoignage de Polybe. Cincius commettrait, croit-il, une inexactitude, soit qu'il ait confondu les deux serments distingués par Polybe, soit qu'il n'ait eu connaissance, de son temps, que d'un seul serment. Cette condamnation de Cincius reste fort discutable, et l'on peut hésiter à sacrifier son information circonstanciée et précise à l'information rapide de Polybe. Mais nous pouvons éviter de prendre parti. Même si l'on admet qu'on imposait le serment de ne pas commettre de *furtum* aux non-combattants, ceux-ci formant une minorité, c'est toujours chez les recrues que ce serment trouve son application principale. Et, d'autre part, certaines clauses de la formule rapportée par Cincius — formule dont l'authenticité n'est pas en cause — nous donnent lieu de penser que, dès le *dilectus*, ce pouvait être une sage précaution que de prémunir les soldats contre les tentations d'indélicatesse.

On désigne, comme on sait, par le mot *dilectus* la levée des troupes qui se fait sur l'ordre des consuls quand un sénatus-consulte a donné l'ordre d'y procéder[3]. Les tribuns militaires, originairement choisis par le général, et plus tard (vers le VIe siècle U. C.) élus, au moins en partie, par le peuple[4], sont les agents d'exécution du *dilectus* et font inscrire les recrues. L'enrôlement terminé, ils leur dictent le serment d'obéissance[5] et les congédient en leur assignant un jour et un lieu pour rejoindre le contingent et être incorporés. Le rendez-vous est tantôt aux portes mêmes de Rome, tantôt dans une cité voisine située sur la route à suivre pour entrer en campagne[6].

Les recrues devaient commettre bien des déprédations autour de

[1] Polyb., VI, 21, 2. Sur ce serment, voyez notamment Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1874, pp. 369 et sqq.; Marquardt, *l. c.*, p. 85; Cagnat, V° *Sacramentum* (*Dict.* de Daremberg et Saglio, IV, 2, p. 931).

[2] Marquardt, *l. c.*, p. 86, n. 6.

[3] Sur le *dilectus*, voy. surtout L. Kloesch, *Der Dilectus in Rom bis zum Beginn der bürgerlichen Unruhen*, Itzehoe, 1879.

[4] Marquardt, *Organisation militaire chez les Romains* (Tr. Pierrot, dans le *Man. des Antiquités romaines* de Marquardt et Mommsen), p. 59; Mommsen, *Droit public romain* (*Ibid.*), III, p. 213.

[5] Polyb., VI, 21, 2.

[6] Cagnat, V° *Dilectus*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, II, 1, p. 875.

leur point de rassemblement ou sur leur passage, et les habitants devaient souffrir des allées et venues qui s'opéraient lors de la levée des troupes et de leur incorporation. C'est pour cette raison, croyons-nous, que, dès le *dilectus*, les tribuns militaires exigeaient des nouveaux venus le serment de ne pas commettre de vols dans le lieu où se réunissait le contingent *(in exercitu*[1]), ni dans le rayon de dix milles autour de ce lieu. Ce serment ne visait apparemment que les *furta* commis aux dépens de nationaux. Inapplicable à la maraude et au butin faits chez les étrangers ou les ennemis, il s'appliquait à la maraude pratiquée aux dépens des Romains et aux vols commis aux dépens de compagnons d'armes.

Nous disons d'abord que ce serment ne s'appliquait point à la maraude exercée, même dans le rayon de dix milles autour de l'*exercitus*, au préjudice d'étrangers ou d'ennemis. L'étranger, l'ennemi sont hors le droit; il ne peut même pas être question de *furtum*, au sens technique du mot, entre Romains et étrangers : on sait que l'action *furti* n'a pu être donnée aux pérégrins, ou contre eux, qu'à titre fictice[2]. *A fortiori* le serment ne s'applique-t-il pas au butin de guerre, qui n'est pas ordinairement réalisé *in exercitu* ou dans un rayon déterminé autour de l'*exercitus*, qui est acquis légitimement et que, par suite, on ne restitue point à son ancien *dominus*.

Mais le serment s'appliquait, non seulement aux vols commis *inter commilitones*, mais encore aux vols commis aux dépens de l'habitant romain. Mommsen croit qu'il ne visait que les premiers; cela paraît contraire à deux dispositions contenues dans le serment : *a)* d'abord à celle qui prévoit les vols commis en bande (= *furtum non facies... solus neque cum pluribus)*, ce qui s'entend plus aisément de déprédations commises aux dépens de l'habitant que de vols commis aux dépens d'autres soldats; *b)* ensuite avec celle qui autorise exceptionnellement certains *furta :* évidemment, pour que l'exception en soit une, il faut que les *furta* prohibés menacent

[1] La traduction de Mommsen *(Röm. Strafrecht*, p. 30, 4; tr. Duquesne, I, p. 33) prête à quelque confusion : « Dans le camp ou dans le rayon de dix mille autour du camp. » Mommsen semble, en effet, n'envisager que l'armée en campagne, hypothèse qui cadre mal avec le contexte. Le terme employé *(in exercitu)*, comme le terme correspondant de Polybe (ἐκ τῆς παρεμβολῆς), paraît avoir une acception plus large.

[2] Gaius, *Inst.*, IV, 37.

les mêmes personnes que les *furta* tolérés. Or les *furta* tolérés portent sur des choses (fourrage, bois de chauffage, etc.) qu'on ne trouve que chez l'habitant ou peut-être dans les réserves d'approvisionnement de l'armée. Comme il est certain qu'on ne tolère aucun vol de fourrage ou de bois de chauffage aux dépens des questeurs[1], on est amené à penser que les *furta* envisagés par notre texte sont souvent des *furta* commis aux dépens de l'habitant.

Analysons la notion du *furtum* que met en relief notre formule de serment. Elle donne des *furta* qu'elle entend prévenir une définition assez précise, comprenant quatre éléments : 1° un déplacement matériel du corps du délit. Le texte dit à deux reprises : « si quid ibi inveneris sustulerisve », «quidquid inveneris sustulerisve ». L'acte délictueux consiste donc à trouver et[2] à emporter un objet dont on n'est pas propriétaire. 2° Les *furta* prohibés ne peuvent porter sur la propre chose du voleur ; notre serment ne prévoit pas le *furtum suae rei*, du moment qu'il précise : « si quid sustuleris quod tuum non erit ». Toutefois, il n'exige pas que le *furtum* porte sur une *res aliena*, c'est-à-dire sur une chose appartenant à autrui, ayant donc actuellement un propriétaire. Il semble prévoir à la fois le fait de s'approprier une chose sans maître, abandonnée ou perdue, et le fait de dérober la chose d'autrui. Peut-être l'opposition de ces deux hypothèses se reflète-t-elle dans la fin de la formule, qui ordonne soit de rapporter *(proferre)* la chose aux consuls[3], soit de leur faire une déclaration *(profiteri)* à ce sujet, soit enfin de rendre la chose à son maître si on le connaît *(domino suo, cuium id censebis esse, redde)*. Les deux premiers partis sont seuls possibles s'il s'agit d'un objet sans propriétaire connu. 3° Les *furta* prohibés impliquent la mauvaise foi ou l'intention dolosive de leur auteur. Le serment spécifie, en effet : « Furtum non facies dolo malo », « Quidquid inveneris sustulerisve dolo malo. » 4° Les *furta* ne sont prohibés qu'autant qu'ils ne portent pas sur

[1] Toute soustraction au préjudice des réserves d'approvisionnement comme toute soustraction au préjudice de la *praeda ab hostibus capta* serait sans doute dès cette époque, traitée comme un péculat. Cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 765 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 72).

[2] Nous donnons à l'enclitique *ve* le sens de *et*, confirmé par le contexte (Cf. Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 558, 92).

[3] Polybe, moins complet, ne prévoit que ce parti : on remettra aux tribuns ce que l'on aura trouvé.

certains objets exceptés, ou que la valeur de leur montant dépasse un chiffre déterminé. Les objets exceptés sont des choses qu'on regarde, sans doute, comme de première nécessité pour les soldats et, en même temps, de peu de valeur pour leurs propriétaires : épieux[1], bois de lances, bois de chauffage, fruits, fourrage, outres et sacs de cuir[2] (pour transporter la boisson), torches (pour s'éclairer). Quant à la valeur des choses dont le *furtum* est toléré, elle est au maximum d'un *nummus argenteus*, c'est-à-dire d'un sesterce par jour.

2

Pouvons-nous tirer quelque parti de ces données pour délimiter la notion du *furtum* de droit commun ? A peu près aucun. Remarquons, en effet, que nous avons ici un précepte de droit disciplinaire, adapté aux nécessités particulières du bon ordre dans l'armée. Il va de soi, et nous le constatons du reste sur bien d'autres points[3], que le droit disciplinaire peut s'écarter beaucoup du droit commun. Notamment, la définition de tel ou tel délit qu'il réprime peut ne concorder en rien avec la définition courante. On concevrait fort bien qu'on fît prêter des serments analogues à celui qui nous occupe à propos de faits non réprimés par le droit commun. Cette observation générale importante se confirme dans le détail lorsqu'on confronte les données fournies par notre texte avec les données que nous possédons sur le *furtum* du VIIe siècle. Ainsi,

[1] *Hasta* désigne originairement la pique de bois, mince et légère, pourvue d'un fer à une extrémité, mais sans talon (Polyb., VI, 25). On pourrait même supposer que la *hasta* très ancienne n'avait pas de fer et était simplement un épieu durci au feu (*hasta praeusta* des fétiaux). Cf. Beurlier, V° *Hasta*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, III, 1, p. 40. On autorise le soldat à se tailler une *hasta* dans le bosquet de l'habitant, ou à s'approprier une *hasta* perdue, parce que ce morceau de bois n'a pas grande valeur, pas plus que les autres objets qui figurent dans la même liste. Mais on n'userait probablement pas de la même tolérance pour une *hasta* ferrée. *Hastile* désigne le bois de lance destiné à être muni d'un fer.

[2] *Follis* désigne proprement une peau gonflée. D'où les sens de *ballon*, *coussin*, *punching-ball*, *soufflet*, etc. Saglio, V° *Follis*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1227. On traduit ici volontiers *follis* par *soufflet pour allumer le feu*. Nous croyons qu'il s'agit plutôt d'un sac en peau préparée pour renfermer des liquides. Cf. Corn. Nepos, 18 (*Eumen.*), 8, 7 : imperavit quam plurimos utres atque etiam culleos comparari, post haec pabulum, praeterea cibaria cocta dierum decem...

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 30 et sqq. (Tr. Duquesne, I, pp. 32 et sqq.).

nous savons, à n'en pas douter, que les préceptes des Douze Tables punissent le *furtum* quelle que soit la valeur ou la nature de la chose volée. Nous connaissons aussi les termes, certainement fort anciens[1], de la *vindicatio* prononcée *in iure* par le plaignant qui intente l'action *furti* : « Ope consilioque tuo furtum aio factum esse[2]... », et nous savons, par conséquent, que pour agir *furti*, conformément au droit commun, contre Numerius Negidius, il n'est pas nécessaire de prétendre que le *furtum* a été commis « dolo malo N^i N^i » ; il suffit d'alléguer qu'il a été commis « ope consilio N^i N^i[3] ».

Le *iusiurandum militare* de Cincius ne fournit donc aucun renseignement positif sur les éléments de la notion courante du *furtum*[4]. Remarquons d'ailleurs qu'il ne fournit pas davantage de renseignement négatif sur ces éléments. Il ne faudrait pas croire que la formule n'impose à l'acte délictueux telle ou telle condition que parce que le droit commun ne l'impose pas (p. ex. qu'elle n'exige expressément une soustraction dolosive que parce que le droit commun admet le *furtum* sans dol) : les préceptes disciplinaires ne contiennent pas seulement les clauses nécessaires ou utiles ; ils en contiennent souvent de surabondantes, insérées par surcroît de précision et

[1] Cohn, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*. Berlin, 1880, II (*Ueber das ope consilio der actio furti*), p. 9. Cf. Perozzi, *Labeo*, II, 1², p. 141, 2.

[2] Cic., *De natur. deorum*, III, 30, 74.

[3] Voigt a donc tort de s'appuyer sur notre *iusiurandum* pour admettre (*XII Tafeln*, II, p. 555, 10. Cf. Cuq, *Institutions juridiques*, 1², p. 108, 3) que le très ancien *furtum* comporte nécessairement le *dolus malus*. De même Perozzi a tort de supposer (*Labeo*, II, 1², pp. 141-142) que la *vindicatio* en la forme « ope consilioque tuo furtum aio factum esse » s'est substituée à une *vindicatio* plus ancienne construite sur l'idée du dol du défendeur : « dolo malo tuo furtum aio factum esse » : ce qui l'amène à admettre dans le développement de la notion de *furtum* une singulière régression. Pour lui l'on aurait d'abord exigé le dol du *fur* ; puis on se serait contenté de demander que le *fur* eût agi *ope consilio* ; et on en serait enfin revenu à la condition du dol à la faveur d'une assimilation admise par les *veteres* et indiquée par Labéon (*Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2 : Sane post veterum auctoritatem ita positum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit). En réalité, cette bizarre hypothèse n'a plus de soutien si l'on remarque que des définitions contractuelles, comme celles que contiennent notre modèle de serment et les *leges locationis* reproduites par Caton (*infra*, c. V), ne fournissent aucune donnée sur la notion légale à laquelle elles correspondent.

[4] Relevons aussi l'erreur de Voigt (*XII Tafeln*, II, § 556 [?]), qui se fonde sur notre formule pour admettre que le *furtum* du VIe siècle comporte nécessairement le déplacement de possession.

de prudence, et qui ne font que répéter des prescriptions d'ordre général.

Quelle est la sanction de l'engagement ainsi pris sous serment par les recrues? On ne peut penser, en matière disciplinaire, qu'à une peine publique, peut-être à une peine religieuse. Serait-ce, comme pour le serment au drapeau[1], la peine religieuse de la *consecratio capitis* entrainant la mise à mort[2]? Le texte rapporté par Aulu-Gelle ne donne aucune indication à ce sujet. Nous possédons, il est vrai, d'autres témoignages. D'après Caton, les soldats pris en flagrant délit de vol *inter commilitones* encourent l'amputation de la main droite[3]. D'après Polybe, les personnes qui commettent dans le camp un vol quelconque (sans spécifier si c'est aux dépens de *commilitones*, et si elles sont prises sur le fait) encourent la peine capitale infligée par le bâton; et de même celles qui ont fait un faux serment[4]. Mais aucun de ces textes ne se rapporte exactement à l'hypothèse prévue par la formule de Cincius; et inversement rien ne prouve que les châtiments qu'ils décrivent soient liés au serment de ne pas commettre de vol.

La même incertitude règne sur les rapports de la sanction du serment prêté, quelle qu'elle soit, avec l'action *furti*. On pourrait supposer *a priori* que la première n'a été instituée que parce que la seconde n'existait pas encore. Mais cette hypothèse paraît se heurter aux préceptes des Douze Tables qui consacrent l'action *furti nec manifesti*. Il faut admettre du moins que l'action privée *furti nec manifesti* ne suffisait pas à réprimer efficacement les vols et déprédations commis au camp ou dans son voisinage, et à assurer à cet égard la discipline dans l'armée : c'est pourquoi on avait,

[1] Huschke, *Multa und Sacramentum*, p. 369, 41; p. 370, 46.

[2] Toutefois cela est peu probable. Le serment au drapeau, qui entrainait une *sacratio*, portait le nom de *sacramentum*. Notre serment au contraire est désigné du nom de *iusiurandum*. Marquardt, tr. Brissaud, p. 85, 10 et 86, 1.

[3] M. Cato, dans Ps. Frontin, *Strategemata*, IV, 1, 16 : M. Cato memoriae tradidit in furto comprehensis inter commilitones dextras esse praecisas, aut, si levius animadvertere voluissent, in principiis sanguinem esse missum. Peter, *Veterum historicorum romanorum relliquiae*, Lipsiae, I, 1870, p. 93, 131. Par mesure d'indulgence, l'amputation pouvait donc être remplacée par une saignée. Aulu-Gelle nous apprend en effet (*N. A.*, X, 8, 11) que « fuit haec quoque antiquitus militaris animadversio iubere ignominiae causa militi venam solvi et sanguinem dimitti ».

[4] Polyb., VI, 37, 9 : ξυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου· καὶ μὴν ὁ μαρτυρήσας ψευδῆ, παραπλησίως...

grâce à l'expédient du serment, institué un système de répression disciplinaire plus rigoureux et plus rapide, soustrait aux lenteurs de la procédure régulière. Sans doute l'application de cette répression excluait-elle l'exercice de l'action *furti*. Mais bien des obscurités subsistent. Pour les *furta* non compris dans le serment prêté, et rentrant cependant dans le *furtum* de droit commun, l'action *furti* demeurait-elle impossible? L'habitant à qui un soldat avait pris du bois, du fourrage, ou un objet valant moins d'un *nummus*, se trouvait-il privé de son droit de *lege agere*? Cela semble difficile à admettre. Mais nous ne possédons aucun témoignage sur ce point.

CHAPITRE IV

LES AUTEURS DRAMATIQUES DU VIe SIÈCLE

§ 1. La méthode. — § 2. Le *Poenulus* de Plaute et ses sources grecques. — § 3. La répression du vol en droit attique. — § 4. L'intrigue du *Poenulus* : A. Le motif du *furtum*. — § 5. B. Le motif de la *vindicatio in libertatem*. Les deux dénouements. — § 6. Le *furtum* du *Poenulus* est un *furtum manifestum*. La *quaestio* opérée par Agorastocles. L'*addictio* du *leno*. — § 7. Réfutation de l'objection tirée d'allusions à une *poena dupli*. — § 8. La trame juridique de l'original grec. Comment Plaute l'a adaptée au droit romain de son temps. — § 9. Autres textes sur la répression du *furtum* dans le théâtre de Plaute. — § 10. Les acceptions du mot *furtum* dans la langue des comiques. — § 11. La *poena quadrupli* que mentionnent certains passages n'est pas la *poena* d'un *furtum manifestum*. *Curculio*, 619-620. — § 12. *Truculentus*, 759-763. — § 13. *Persa*, 53 et sqq. Les *quadruplatores* de la comédie latine et les sycophantes de la comédie grecque.

Les œuvres dramatiques du VIe siècle, et surtout celles de Plaute et de Térence, touchent assez souvent au *furtum* et à sa répression. Nous possédons là une masse considérable de matériaux qui restent presque inutilisés. Non point qu'on les ignore. Mais on n'en tire pas parti, ou on en tire mal parti. La faute en est aux excès de la spécialisation scientifique, qui met des œillères aux chercheurs. Hellénistes et romanistes, philologues et juristes, suivent chacun leur voie, et n'en sortent guère. Tel romaniste ne découvre chez Plaute que du droit romain ; tel helléniste n'y aperçoit que du droit grec ; tel philologue y néglige ou déforme les questions de droit ; tel juriste y néglige ou déforme les questions philologiques. Les meilleurs esprits, troublés de ces outrances, et n'osant prendre parti, se gardent d'utiliser des informations aussi incertaines[1] : excès de timidité qui ne dessert pas moins la science que les excès d'audace contre lesquels il prétend réagir.

[1] Notons, par exemple, que Mommsen, dans son *Römisches Strafrecht*, ne fait pas état des textes du *Poenulus* sur le *furtum*.

1

Là encore on ne peut arriver à un résultat plausible qu'en se traçant une méthode raisonnée, et en la suivant rigoureusement[1]. Nous ne croyons pas qu'on ait formulé les principes directeurs de la méthode qui s'impose; nous devons les discuter tout d'abord[2].

C'est la question d'imitation littéraire qui complique, on le sait, la critique des témoignages juridiques de Plaute et de Térence. Ces auteurs suivent en effet des modèles grecs, qu'ils traduisent littéralement, ou qu'ils adaptent, non sans y intercaler des additions de leur cru; et l'on ne peut déterminer, *a priori*, où commencent et où finissent la traduction, l'adaptation et l'invention originale. Aucune présomption générale ne permet d'en décider;

[1] On consultera sur la question Romeijn, *Specimen juridicum inaugurale exhibens loca nonnulla ex Plauti comoediis iure civili illustrata*, Daventriae, 1836; Visserinq, *Specimen iuridicum inaugurale continens quaestiones Plautinas* Amstelodami, 1842; Demelius, *Plautinische Studien. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, I (1861), pp. 351-373; Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino, 1890; Bekker (E. I.), *Die römischen Komiker als Rechtszeugen. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XIII (1892) R. A., pp. 53-118; Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Terenzio. Archivio giuridico*, 1895, pp. 407-526; Leo, *Plautinische Forschungen*[2], Berlin, 1912, pp. 110 et sqq.; cf. Leo, *Geschichte der römischen Literatur*, I, 1913, pp. 93 et sqq., notamment pp. 143 et sqq; Becker (A. H.), *De facetiis iuridicis apud scriptores Romanos*, Paris, 1896; Pernard, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon, 1900; Schwind (A.), *Ueber das Recht bei Terenz*, Würzburg, 1900; Fredershausen, *De iure Plautino et Terentiano*, Gottingae, 1906; *Weitere Studien über das Recht bei Plautus und Terenz. Hermes*, XLVII (1912), pp. 199-249; Legrand (Ph. E.), *Daos, tableau de la comédie grecque pendant la période dite nouvelle*, Lyon et Paris, 1910; Cornil, *Debitum et obligatio. Mélanges P. F. Girard*, Paris, 1912, p. 223, n. 1, et les articles cités dans les notes suivantes. Voy., pour la bibliographie ancienne, des indications plus abondantes dans Costa, *Plauto*, p. 22, 36, etc., et *Storia delle fonti del diritto romano*, Torino, 1909, p. 224, 1.

[2] Voy. sur ce point les observations brèves, mais pénétrantes, présentées par M. P. F. Girard, dans la N^lle *Revue Historique de Droit*, XVII (1893), pp. 795-796. — Le présent chapitre de nos *Etudes sur le furtum* était complètement écrit lorsqu'a paru l'article de M. Partsch sur le *Persa* de Plaute (*Römisches und griechisches Recht in Plautus Persa. Hermes*, XXV, 1910, pp. 595-614). La méthode de M. Partsch, indiquée brièvement (notamment pp. 613-614), est sensiblement celle que nous préconisons ici. Cf. aussi Duquesne, dans la N^le *Revue Historique de Droit*, XXXV (1911), pp. 575-576.

on n'y arrive parfois qu'en examinant séparément chaque cas particulier [1].

[1] Nous retirons expressément les allégations hasardeuses que nous avions autrefois produites à ce sujet (*Nouvelle Revue Historique de Droit*, XXIV, 1900, pp. 579-586). Nous avions dit, pp. 584-585, qu'on doit présumer le caractère romain des témoignages juridiques de Plaute, et le caractère grec des témoignages juridiques de Térence : règle au moins inutile, puisque de pareilles présomptions, si on les admettait, n'excluraient jamais la preuve contraire, et qu'il faudrait toujours résoudre chaque espèce isolément. Nous adhérons complètement, sur cette question de principe, aux observations de Dareste (N. *Rev. Hist. de Droit*, XXIV, 1900, pp. 677-687). Mais, si nous acceptons la conclusion des critiques qu'a bien voulu nous adresser le savant historien, nous faisons toutes réserves sur certains arguments de fait par lesquels il les a appuyées. Ainsi, pour l'exégèse des vers d'*Epidicus* (vv. 498-499, III, 4, 61-62), Dareste se borne à répéter (p. 685) sans y rien ajouter, une interprétation par lui déjà proposée jadis dans le *Journal des Savants* (1892, pp. 150-151), — interprétation qui enlève tout sel comique aux vers en question. La nôtre (N. *Rev. Hist.*, 1900, pp. 583-584), qui se fonde sur un texte du VIIe siècle (Cic., *De orat.*, I, 40, 183), a du moins l'avantage de faire ressortir ici une plaisanterie familière à Plaute (Cf. Fredershausen, pp. 36-37, qui ne comprend point « quomodo inter nomen in tabulam censoriam relatum et conditum lustrum quinquiennium intercedere possit » : un esclave qui, depuis plus de cinq ans, a été inscrit sur les registres du cens avec l'assentiment de son maître peut nécessairement se prévaloir au moins d'un *lustrum conditum*). — De même pour l'exégèse d'un passage de la *Mostellaria* (v. 1086 et sqq. V, 1, 38 et sqq.), dans lequel un maître offre de livrer ses esclaves à la question, afin d'établir qu'il n'a pas vendu sa maison. Ce passage, estime Dareste (p. 682), ne peut s'entendre qu'en droit attique : car ce droit appliquait couramment la question aux esclaves en matière civile, et le droit romain ne l'appliquait pas. Et Dareste appuie cette dernière assertion de citations de Paul (*Sent.*, V, 15, 6) et de Scaevola (*Dig.*, 48, 5, fr. 2.). M. Fredershausen conclut comme lui (pp. 27-29), tout en rectifiant et en complétant sur quelques points ses développements, et en remarquant, à juste titre, que la *quaestio* dont parle Plaute est une *quaestio* privée, et non une *quaestio* judiciaire. Malheureusement le point de départ de toute l'argumentation réside dans une anticipation. Au temps de Plaute, un maître romain pouvait parfaitement faire torturer son esclave pour administrer une preuve en quelque matière que ce fût. Cela résulte d'un passage de l'Edit rapporté par Ulpian., *l. LXXVII ad ed.*, *Dig.*, 47, 10, fr. 15, 34 : Praetor ait : « Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. » Cette disposition de l'Edit remonte au VIIe siècle U. C., puisqu'elle est connue de Thémistius, contemporain de Cicéron (*Dig.*, 47, 10, fr. 15, 2) ; elle a donc quelques chances de nous renseigner plus exactement sur le droit du VIe siècle qu'un texte de Paul ou de Scaevola. Elle atteste le droit pour le *dominus* de faire mettre son esclave à la torture *ad eruendam veritatem*. Les jurisconsultes, et surtout Labéon, ont cherché à définir les limites de ce droit (Ulpian., *l. LXXVII ad ed.*, *Dig.*, 47, 10, fr. 15, § 41 et sqq.). On voit aussi dans le *Pro Cluentio* de Cicéron (64-66, 179-187) un maître faire torturer son esclave, et même l'esclave d'autrui, dans une information de vol, à une époque où le vol est encore exclusivement un délit privé (*Infra*, c. XI, § 9).

Mais quels moyens d'investigation possédons-nous pour procéder à cet examen? Soit un passage de Plaute ou de Térence contenant une allusion juridique. Comment déterminerons-nous si cette allusion est romaine ou grecque?

Nous ne possédons de certitude que sur un point : c'est sur la terminologie. Quand Plaute et Térence emploient telle ou telle expression du vocabulaire juridique latin, nous concluons nécessairement que cette expression était en usage à Rome de leur temps [1]. Mais nous ne pouvons pas aller au delà, ni prétendre tirer des mots employés aucune conclusion immédiate sur le contenu des notions correspondantes. La difficulté reste entière dès que nous considérons, non les mots pris en eux-mêmes, mais les motifs juridiques qu'ils expriment : nous traduisons aujourd'hui par le mot français *propriété* le mot anglais *property*, et nous savons bien pourtant que les deux concepts n'ont à peu près rien de commun. Il faut donc, par exception, renverser ici la règle générale que nous avons posée : au lieu de partir des mots pour aboutir aux choses, il faut partir des choses pour élucider les mots [2]. C'est notre connaissance des institutions grecques et romaines qui nous permettra de décider si les motifs juridiques que connotent les mots latins sont romains ou grecs.

Cette observation nous amènera à entreprendre trois ordres de démarches : 1° étude du motif juridique dans le droit du milieu où a vu le jour l'original grec de la pièce romaine; 2° étude du même motif dans le droit romain du temps où a paru la copie ; 3° comparaison des résultats obtenus et conclusion.

[1] Dareste, *Nlle Rev. Hist.*, XXIV (1900), p. 681. Leo, *Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 144.

[2] Nous ne nous dissimulons pas les objections logiques que soulève cette dérogation aux règles générales de méthode par nous-mêmes posées. Nous ne l'aurions pas admise si elle avait dû présenter dans son application quelque inconvénient sérieux, et, notamment, si elle nous avait entraînés à proposer dès maintenant des généralisations théoriques sur la notion du *furtum*. Mais en fait notre critique des textes de Plaute et de Térence peut se passer de toute hypothèse sur la notion du *furtum*: il lui suffit de s'appuyer sur quelques constatations matérielles (sur les modes de répression, sur la perquisition *lance licioque*, etc.) que les textes recueillis jusqu'ici nous ont expressément livrées. Dans ces conditions, nous avons estimé qu'il valait mieux respecter l'ordre chronologique, et ne point renvoyer — comme nous en avions eu d'abord l'intention — nos recherches sur le *furtum* chez les auteurs dramatiques du VIe siècle à la fin du second volume de nos *Etudes*.

Il importe donc avant tout de déterminer le milieu d'où sort l'original grec. Les pièces qu'ont imitées Plaute et Térence se localisent assez étroitement dans l'espace et dans le temps. Elles se rattachent au cycle de la comédie nouvelle [1], qui florissait vers la fin du IVe siècle et dans la première moitié du IIIe siècle avant Jésus-Christ (336-250 environ) et, sinon toujours à Athènes même, du moins toujours dans des pays de civilisation attique. Nous aurons donc généralement à étudier nos motifs juridiques dans le droit attique contemporain d'Alexandre et de ses successeurs. Par une heureuse fortune, c'est, dans toute l'histoire du droit hellénique, le moment que nous connaissons le mieux, grâce aux œuvres des orateurs.

Mais il serait désirable d'aller au delà de ces données générales, et d'identifier avec plus de précision le lieu d'origine de nos motifs juridiques : car le droit attique a eu ses particularités locales, dont on ne tient pas assez compte [2], et il n'est pas toujours indifférent de savoir si telle allusion se réfère par exemple aux usages d'une colonie de Sicile ou à ceux de la métropole. Nous interrogerons donc la critique philologique, qui nous fournira parfois des indications certaines, et souvent des indications vraisemblables, sur l'auteur et la patrie du modèle dont s'est inspiré le poète romain, et ces indications nous permettront d'orienter notre étude préalable de droit grec.

Nous instituerons une étude parallèle à la précédente pour le droit romain du temps de Plaute et de Térence. Bien entendu, nous nous appuierons exclusivement sur des sources indépendantes, non suspectes d'avoir subi des influences littéraires helléniques. Malheureusement nos informations sur le droit du VIe siècle U. C. comportent, nous le savons, bien des lacunes et bien des incertitudes. Nous aurons à nous garder tout particulièrement des antici-

[1] Voy. la démonstration de M. Ph. E. Legrand, *Daos, tableau de la comédie grecque pendant la période dite nouvelle*, Lyon et Paris, 1910, pp. 15-22 (dans le répertoire de Plaute et de Térence, il n'est guère que le *Persa* dont l'original paraisse appartenir à la νεωτέρα μέση).

[2] Sans doute parce que ces particularités sont peu marquées, du moins dans la sphère d'influence du droit attique (voy. la préface de Wenger, *Attisches Prozessrecht in den attischen Seebundsstaaten. Studien zur Geschichte und Kultur des Alterthums* de Drerup, I, 5, Paderborn, 1908, pp. 1-3, et Paul Collart et J. Desgoffes, *Papyrus grecs de Lille*, I, pp. 125 et sqq.) ; peut-être aussi parce que nous manquons de documents pour les apprécier. Néanmoins on a pu reprocher à M. Fredericksen de n'avoir pas fait sa part au particularisme juridique hellénique (Kreis, dans *Berliner philologische Wochenschrift*, XXVII (1907), pp. 1357-1358).

pations : règle sur laquelle il importe d'appuyer d'autant plus qu'on y a manqué davantage jusqu'à présent[1].

Cela fait, il nous restera à confronter les données dégagées de part et d'autre avec le motif juridique transmis par Plaute ou Térence. Nous vérifierons si ce motif peut s'expliquer par les institutions correspondantes du droit grec et du droit romain. Cette vérification nous fournira la réponse à la question posée. Tantôt nous constaterons que le motif trouve son équivalent en droit grec et non en droit romain (et nous conclurons qu'il est grec); tantôt nous constaterons qu'il trouve son équivalent en droit romain et non en droit grec (et nous conclurons qu'il est romain); tantôt enfin, nous constaterons qu'il trouve son équivalent dans les deux droits (et nous conclurons qu'il est aussi bien romain que grec). Assez fréquemment d'ailleurs nous n'aboutirons pas à des résultats aussi nets, parce que l'un ou l'autre (parfois même l'un et l'autre) des termes de comparaison nous aura fait défaut. Lorsque nos connaissances de droit romain ou hellénique seront insuffisantes pour nous permettre d'instituer la comparaison destinée à nous éclairer, nous devrons suspendre notre jugement et nous abstenir de conclure[2].

Les solutions ainsi dégagées, sur des bases philologiques, pourront nous conduire à leur tour à des résultats philologiques nouveaux. Supposons, par exemple, que notre analyse nous ait amené à rattacher à des sources exclusivement romaines un motif juridique donné, et à admettre, par suite, que la pièce grecque différait sur ce point de la pièce latine. Nous devrons tenter de retransposer le motif en droit grec, et d'étudier les différences de composition dramatique que cette restitution révélera entre les deux pièces. Il arrivera que nous rendrons compte ainsi de telle lacune, de tel défaut d'équilibre, de tel manque de proportion ou d'unité, sensibles dans l'œuvre latine. Le succès de ces explications littéraires constituera comme une vérification de nos démonstrations juridiques ; il devra les confirmer, si elles ont été bien conduites.

Telles sont, croyons-nous, les règles de méthode grâce auxquelles nous pourrons tirer légitimement parti des matériaux juridiques

[1] Voy. *supra*, p. 135, n. 1, ce que nous avons dit de l'emploi, par M. Dareste, d'un témoignage de Paul (200 ans après J.-Chr.), pour élucider un texte de Plaute (200 ans avant J.-Chr.).

[2] En ce sens, Friedrichsen, *Weitere Studien*, p. 200.

contenus dans les œuvres de Plaute et de Térence. Nous allons essayer de les appliquer aux passages de ces œuvres qui concernent le *furtum*.

2

Ces passages sont assez nombreux. Naturellement ce qu'on trouve en grande abondance, chez Plaute et Térence, ce sont les imputations sans portée définie : boutades rapides lancées dans le dialogue et insultes échangées entre gens irrités[1]. L'épithète de *fur* figure en bonne place dans le riche répertoire des invectives de Plaute, sans qu'il vaille pour nous la peine de la relever chaque fois. Mais nous possédons aussi des épisodes développés, à travers lesquels nous discernons une idée juridique. Le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie — tout l'arsenal des filouteries de toutes les espèces — constituent des motifs de prédilection de la comédie nouvelle. Ce sont là bons tours que le public suit d'un œil sympathique. Il s'ébaudit à voir Dave, Strobile et Gripus chaparder tout ce qui leur tombe sous la main ; il applaudit l'impudence de Ménechme subtilisant une mante à sa femme pour la porter à sa maîtresse ; il sourit au jouvenceau qui souffle à un prostituteur sa jolie pensionnaire ; il se délecte aux fredaines du fils de famille qui extorque de l'argent à son ladre de père : expédient de bonne guerre, comme nous l'apprend Caecilius dans ses *Synephebi* (pièce imitée de Ménandre)[2] :

> Aut tu illum furto fallas aut per litteras
> avertas aliquod nomen aut per servolum
> percutias pavidum, postremo a parco patre
> quod sumas quanto dissipes libentius![3]

[1] Citons seulement, à titre d'exemples : PLAUTE, *Aulul.*, v. 317 (II, 4, 45) ; [illegible] 326 (II, 4, 46-47) : Tun, trium litterarum homo, me vituperas? Tur. — Item tu, trifurcifer, V. 552 (III, 6, 16), 717 (IV, 9, 5) ; *Asin.*, v. 491 (II, 4, 15) ; 681 (III, 3, 91) ; *Persa*, v. 226 (II, 2, 44) : furtifica laeva ; *Pseudolus*, v. 365 (I, 3, 1250) ; 885 (III, 2, 97) : furtificas manus ; *Rudens*, v. 310 (II, 2, 5) : fures maritimi ; *Stichus*, v. 766 (V, 6, 5) (vers d'interprétation ambiguë, où il s'agit sans doute d'un [illegible] donné debout, à la déroba, comme à un voleur) ; TERENCE, *Eunuch.*, v. 776 (IV, 7, 6) : une troupe d'esclaves est qualifiée de *manipulus furum*, etc.

[2] PH. E. LEGRAND, *Dios*, p. 149.

[3] CIC., *De nat. deorum*, III, 29, 72. RIBBECK, *Scaenicae Romanorum poesis fragmenta*², II (*Comicorum fragmenta*), p. 69.

Ainsi les auteurs dramatiques s'acharnent contre les dupes. Les voleurs, si durement traités par les lois, prennent leur revanche sur la scène.

Parmi les épisodes consacrés à magnifier le vol [1], le plus étendu est celui qui forme le sujet du *Pœnulus*. Nous devons étudier tout particulièrement cette pièce. Elle s'impose en première ligne à notre attention, parce qu'elle a pour ressort une affaire de *furtum*, et parce qu'elle nous fournit sur cette affaire un ensemble cohérent de détails, ce qui la place parmi nos sources les meilleures. Rien n'est plus confus, plus informe même, que les résultats des études juridiques, rares et brèves, qu'on lui a consacrées. Peut-être l'application stricte de notre méthode nous fournira-t-elle un fil directeur à travers le labyrinthe exégétique où tant de juristes se sont perdus.

Examinons d'abord comment étaient organisées la poursuite et la répression du vol dans le milieu où la fable du *Pœnulus* a pris naissance. Ce milieu ne peut se déterminer qu'approximativement. Nous connaissons mal le modèle (ou les modèles) dont Plaute s'est inspiré. Deux systèmes se disputent la faveur des philologues.

1° L'opinion dominante [2] croit à la « contamination » de deux originaux grecs, auxquels Plaute a emprunté des scènes ou des portions de scènes, et dont il a amalgamé plus ou moins adroitement les intrigues. L'un des originaux, cité dans le prologue du *Pœnulus* [3], porte le titre de Καρχηδόνιος. L'intrigue y repose sur une *vindicatio in libertatem* intentée contre un proxénète qui

[1] Citons encore ceux du *Rudens*, de l'*Aululaire*, etc.

[2] Reinhardt, *De retractatis fabulis Plautinis*. *Studemunds Studien*, I, 1873, pp. 109 et sqq.; Francken, *De Pœnuli compositione*. *Mnemosyne*, IV (1876), pp. 146-175; Langen, *Plautinische Studien*, Berlin, 1886, pp. 181 et sqq.; Leo, *Plautinische Forschungen*², Berlin, 1912, pp. 170 et sqq. (et *Gesch. der röm. Literatur*, I, pp. 130-131); Karsten, *De compositione Pœnuli*. *Mnemosyne*, XXIX (1901), pp. 363-387; Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*, I, 1³, 1907, p. 87 : « Es is so gut wie sicher, dass zwei Argumente verschmolzen wurden. » En dernier lieu, Jachmann, *Die Composition des plautinischen Pœnulus*. ΧΑΡΙΤΕΣ *Friedrich Leo zum sechzigsten Geburtstag dargebracht*. Berlin, 1911, p. 249 qui parait ignorer complètement les travaux de M. Ph. E. Legrand. Mais les partisans de la « contamination » sont loin de s'entendre sur l'attribution à tel ou tel original des diverses parties de la pièce. Voy. p. ex. combien les systèmes de Karsten ou de Jachmann diffèrent de celui de Leo. Cf. Ph. E. Legrand, *Daos*, pp. 354-355.

[3] *Pœn.*, Prol., v. 53.

retient indûment des jeunes filles en esclavage. L'autre original est une comédie de titre ignoré, qui roule sur une affaire de vol.

2° A ce système, jadis unanimement suivi, s'en oppose un autre, qui semble gagner maintenant du terrain et qui repousse l'hypothèse de la « contamination[1] » : le *Pœnulus* n'a qu'un seul modèle, le Καρχηδόνιος.

Nous n'avons pas, pour le moment, les moyens de prendre parti dans ce débat. Peut-être pourrons-nous y verser plus tard des arguments juridiques.

L'auteur du Καρχηδόνιος ne nous est pas connu. On a proposé d'identifier l'original de Plaute avec le Καρχηδόνιος de Ménandre ou avec celui d'Alexis. S'il en est ainsi, l'auteur en a vécu à Athènes (Ménandre était Athénien et vécut à Athènes ; Alexis, originaire de Thurii, vécut aussi en Attique)[2] et vers le temps d'Alexandre (Alexis mourut sous le règne de Ptolémée Philadelphe ; Ménandre mourut en 292[3]). Mais ces identifications, basées sur des similitudes d'étiquettes, n'ont rien de certain. Les huit fragments du Καρχηδόνιος de Ménandre qui ont été recueillis par Kock[4] ne trouvent pas leur équivalent dans le *Pœnulus*, et nous ignorons tout du Καρχηδόνιος d'Alexis[5]. D'ailleurs l'attribution du Καρχηδόνιος à un auteur déterminé[6] ne présenterait pas d'intérêt pour nous si le *Pœnulus* était le produit d'une « contamination ». Aussi devons-nous réserver notre opinion sur les origines de l'histoire de vol transcrite par Plaute, tout au moins jusqu'à ce qu'un heureux hasard nous ait livré, dans quelque papyrus égyptien, l'original ou les originaux du *Pœnulus*. Nous nous contenterons jusque-là des vraisemblances générales, qui nous révèlent l'utilisation de modèles attiques

[1] Teuffel, *Studien und Charaktere*², Leipzig, 1889, p. 339, et surtout Ph. E. Legrand, *Pour l'histoire de la comédie nouvelle* (*Rev. des Études grecques*, 1913), pp. 358 et sqq.

[2] Christ, *Geschichte der griechischen Litteratur*⁵, 1905 (*Handb. der klass. Altertumswissenschaft* d. I. v. Müller, VII), pp. 302 et sqq. ; Leo, *Plaut. Forschungen*², p. 208. Ph. E. Legrand, *Pour l'histoire*..., p. 375.

[3] Christ⁵, p. 319 ; Ph. E. Legrand, *Pour l'histoire*..., p. 357, note [illegible]

[4] Kock, *Comicorum atticorum fragmenta* (1880-1888), III, [illegible] pp. [illegible]

[5] Kock, II, p. 331.

[6] Notons ici la conjecture très séduisante de M. Ph. E. Legrand (*Pour l'histoire*..., pp. 366 et sqq. (*Daos*, p. 65), pour qui l'auteur du Καρχηδόνιος, sans doute un représentant de deuxième plan de la comédie nouvelle, aurait composé cette pièce à Athènes pour la scène provinciale de Calydon en Étolie, où se situe l'action.

composés vers les confins du IVe et du IIIe siècle avant Jésus-Christ[1].

3

Nous savons comment les Douze Tables châtient le vol. La lecture des textes a suffi pour nous édifier sur leur système répressif, où se marquent si fortement les traits caractéristiques de la justice privée, sur leur classification rigide des *furta* d'après leur degré d'évidence, et sur les sanctions brutales qu'elles mettent à la disposition du volé pour assouvir sa vengeance. En face de ce droit archaïque, le droit athénien du IVe siècle[2] s'érige en un contraste fort net : plus souple, plus divers, plus nuancé, plus humain aussi, il s'inspire visiblement du désir de proportionner le châtiment à l'infraction, de considérer surtout dans celle-ci le degré de volonté du délinquant, enfin de développer l'intervention publique dans la répression : on sent qu'il repose sur un ensemble d'idées morales et sociales plus affinées, en tout cas plus voisines des nôtres[3].

Le contraste se révèle déjà par l'importance beaucoup moindre qu'attribue le droit attique à la notion de flagrance. Sans vouloir entrer ici dans des développements de droit comparé encore prématurés, nous pouvons noter que, dans tous les milieux, l'évolution de la flagrance semble s'accomplir dans le sens d'une débilitation progressive, et que cette notion, d'abord empreinte de formalisme, puis de matérialisme juridique, domine de moins en moins les

[1] Legrand, *Daos*, p. 18 et n. 3 : « Le Καρχαδόνιος, duquel le *Pœnulus* a pris son nom, fut écrit après la mort d'Apelle (v. 1271); d'autre part, les vers 663-665 de la pièce latine me paraissent contenir une allusion, obscurcie et défigurée par Plaute, aux événements qui suivirent la bataille de Sellasie (221)... Les événements dont parle Collybiscus ont été diversement identifiés; la date la plus ancienne à laquelle on les ait rapportés — en admettant que le *Pœnulus* est une pièce « contaminée » — est celle de la défaite d'Agis (331). »

[2] Nous avons surtout utilisé l'article de M. Glotz, V° *Klopè*, dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio, t. III, pp. 826-832. Le mémoire consciencieux de Van Eyck Byleveld, *De furti delicto jure attico*, Lugduni Batavorum, 1843, est encore utile, malgré sa date. Nous n'en dirons pas autant du chapitre, confus et inexact, que consacre à la question du vol Thonissen (*Le droit pénal de la République athénienne*, Bruxelles Paris, 1875, pp. 299-306). Voy. aussi les notes de Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Stuttgart, 1889, pp. 320-328.

[3] Sur ces idées, voy. particulièrement Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, pp. 404 et sqq.

systèmes répressifs au fur et à mesure que ceux-ci tiennent plus de compte de la volonté du délinquant. Originairement, la flagrance constitue un élément substantiel du délit ; plus tard, elle en devient une circonstance aggravante ; plus tard enfin, elle se réduit au rôle d'un moyen de preuve privilégié.

Le droit attique du IVe siècle en est presque parvenu à ce dernier point. Non pas qu'il ait entièrement effacé la distinction du vol flagrant et du vol non flagrant[1]. Les auteurs, et notamment les lexicographes, continuent à définir le premier (vol ἐπ' αὐτοφώρῳ). Une glose juridique rapportée par Hésychius (Ve siècle de notre ère) énumère les deux cas dans lesquels le vol est flagrant, savoir, lorsque le voleur est pris sur le fait, ce qui rend sa culpabilité évidente, et lorsqu'il est découvert avec l'objet volé, le tenant encore dans ses mains[2]. Mais, comme l'atteste cette glose, la notion du vol ἐπ' αὐτοφώρῳ est moins compréhensive que la notion du *furtum manifestum* des Douze Tables : car elle ne comprend pas le cas de flagrance résultant de la découverte de l'objet volé à la suite d'une perquisition solennelle.

Le droit attique connaît pourtant l'équivalent de la *quaestio lance licioque* du droit romain. C'est la φώρα, qui s'opère, elle aussi, avec un costume spécial et dans des formes sacramentelles[3]. Sans doute, sous l'empire de la législation de Dracon, la φώρα était la source principale — peut-être unique[4] — de la flagrance : on traitait comme voleur ἐπ' αὐτοφώρῳ le maître de maison chez qui on découvrait l'objet volé au cours d'une φώρα ; on le saisissait, on l'emmenait devant les magistrats (ἀπαγωγή), on le mettait à mort

[1] Van Eyck Bylevelt, pp. 11-12.

[2] Hesych., V° Ἐπαυτοφώρῳ : ἐπ' αὐτοφώρῳ. Ἐπ' αὐτοφώρῳ ἢ τὸ κλοπίμου κατακρυφθέν, ὁπωσδήποτε γενόμενον, ἢ ἐπ' αὐτῷ τοῦ κλέψαντος εὑρεθέν, ἔτι κατέχοντος αὐτό (Éd. Schmidt, II, p. 138).

[3] Van Eyck Bylevelt, p. 35 ; Desjardins, *Traité du vol*, p. 60 ; Glotz, V° *klopé*, l. c., p. 827 ; *Solidarité*, pp. 201-208 ; Thalheim, *Griechische Rechtsaltertümer* (*Lehrbuch der griechischen Antiquitäten* d'Hermann, II, 1), p. 129, 1 ; Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, II, 1, 1908, p. 440 ; Schulin, *op. cit.*, p. 322 s.

[4] Cela résulterait, en dehors de toute autre argumentation, de la formation du mot αὐτοφώρῳ, qui prouve le bien étroit existant entre flagrance et φώρα. Voy. aussi Pollux, VIII, 69 (éd. Dindorf, II, p. 132) : Ἐπ' αὐτῷ τῷ φωρᾷ· ἐπ' αὐτοφώρῳ, ἤτοι ἐν τῇ κατεχόμενῳ. Cf. Glotz, *Solidarité*, p. 4[illegible] n. [illegible]. Notons, en passant, que φώρ et αὐτόφωρος doivent, comme φώρα, être rapprochés de φαίνω, et non de φέρω (ce qui peut, dès maintenant, nous fournir une indication pour l'étymologie des mots latins *fur* et *furtum*).

sur-le-champ[1]. Mais au IVe siècle les mœurs et le droit ont bien changé. La φώρα ne constitue plus le recéleur en état de flagrant délit[2]. On l'a contesté[3], à tort; car, bien que nous manquions de textes formels et de preuves directes en ce sens, nous possédons du moins certains indices qui laissent peu de place au doute : d'une part, le silence que gardent sur la φώρα les lexicographes qui parlent du vol flagrant; d'autre part, la nature et le taux de la condamnation encourue par le maître de maison qui s'oppose à la φώρα. « D'après Platon[4], si l'on refusait de livrer sa maison sur sommation aux fins de φώρα, on était tenu, comme voleur, de payer deux fois la valeur de l'objet volé. Or il n'est pas admissible que la démonstration de la culpabilité par voie de φώρα ait entraîné une peine plus grave que cette opposition à la perquisition. Autrement le voleur aurait trouvé tout avantage à interdire l'entrée de sa maison[5]. » Ceci se confirme par la comparaison du droit romain : lorsque le préteur a institué l'action *furti prohibiti*, il lui a appliqué exactement la même *pœna* qu'à l'action *furti manifesti*. Il paraît certain qu'au IVe siècle la φώρα joue seulement le rôle d'un moyen d'investigation et de preuve destiné à permettre d'intenter ensuite une action au double. Elle ne conduit plus à l'ἀπαγωγή, ni à l'exécution sommaire du coupable[6].

Restreinte ainsi dans ses causes d'ouverture, la flagrance l'est aussi dans ses conséquences : elle ne suffit plus, à elle seule, à légitimer la prise de corps du délinquant; pour que le volé puisse saisir le voleur (par voie d'ἀπαγωγή ou d'ἐφήγησις), il ne suffit pas

[1] C'est ce que semble admettre Gilbert, *Beiträge zur Entwicklungsgeschichte des griechischen Gerichtsverfahrens und des griechischen Rechts* (I, *Entstehung und Entwickelung...*), *Jahrbücher für classische Philologie*, Supplementband XXIII (1896), p. 451; voy. aussi Glotz, Vo *Klopè*, p. 827.

[2] Glotz, *Solidarité*, p. 206.

[3] Leist, *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, 1884, p. 247; *Altarisches Jus civile*, 1892, I, p. 406. Lipsius, *Attisches Recht*, II, 1, p. 440, ne se prononce pas.

[4] Plat., *Leg.*, XII, p. 954, A-B : Ἐὰν δέ τις ἐρευνᾶν βουλομένῳ φωρᾶν μὴ διδῷ δικάζεσθαι μὲν τὸν ἀπειργόμενον τιμησάμενον τὸ ἐρευνώμενον, ἂν δέ τις ὁρᾷ, τὴν διπλασίαν του τιμηθέντος βλάβην ἐκτίνειν.

[5] Nous empruntons les mots entre guillemets à M. Glotz, *Solidarité*, p. 206. Dans le même sens, Gilbert, p. 453, 1.

[6] En ce sens, Meier-Schœmann-Lipsius, *Der attische Prozess*, Berlin, 1883-1887, p. 276; Glotz, Vo *Klopè*, p. 830. En sens contraire (sans argument aucun) E. Caillemer, Vo *Apagogè*, *Dict. des antiquités gr. et romaines* de Daremberg et Saglio, p. 299.

qu'il puisse alléguer un vol flagrant, il faut encore que le montant du vol s'élève à un certain taux, ou que le vol comporte certaines circonstances aggravantes. Encore peut-il, même dans ce dernier cas, se servir toujours de la *δίκη κλοπῆς*[1].

Le système de répression du vol dans le droit attique du IVe siècle contraste encore avec celui des Douze Tables par son caractère moins privé. L'action publique de vol (*γραφὴ κλοπῆς*) concourt déjà partout avec les actions privées, tandis qu'à Rome le *crimen furti* n'apparaît pas avant l'Empire, et seulement pour les cas de vol qualifié[2]. Dans la procédure de répression privée elle-même, l'autorité publique intervient plus librement et plus activement que dans la procédure correspondante du droit romain. Le contraste s'accuse avec netteté lorsqu'on passe en revue les actions pénales que donne le droit attique au volé, à savoir l'*ἀπαγωγή*, l'*ἐφήγησις*, l'*ἔνδειξις*, la *δίκη κλοπῆς* et la *γραφὴ κλοπῆς*. Nous les énumérons en allant de la procédure où se marque le moins l'intervention publique (l'*ἀπαγωγή*) à celle où elle se marque le plus (la *γραφὴ κλοπῆς*) : et cet ordre a bien des chances d'être l'ordre chronologique de leur apparition[3].

1° *Ἀπαγωγή* (*ἐφήγησις* et *ἔνδειξις*). L'*ἀπαγωγή* est une procédure privée[4], expéditive et brutale, qui se rapproche assez étroitement de

[1] *Infra*, p. 148.

[2] Hitzig, *Beiträge zur Lehre vom Furtum*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXIII (1902), R. A., pp. 331 et sqq.

[3] Nous n'avons pas à instituer ici de discussion sur cette question chronologique, qui n'intéresse pas directement la critique des textes romains relatifs au *furtum*. Mais voyez sur l'antériorité de l'*ἀπαγωγή* par rapport à l'*ἐφήγησις*, à la *δίκη* et à la *γραφή*, Gilbert, p. 452, et Glotz, V° *Klopé*, pp. 827-828, notamment p. 827, 24 : L'*ἀπαγωγή* est antérieure à Dracon, l'*ἐφήγησις*, postérieure à Dracon et antérieure à Solon; la *δίκη* a été créée par Solon, la *γραφή* est probablement postérieure à Solon, ou tout au plus contemporaine de ce législateur.

[4] Au moins dans son principe. Nous croyons qu'il y a quelque abus à désigner toujours, comme on le fait couramment, l'*ἀπαγωγή* du nom d'*action criminelle*, ou d'*action publique*. Sans doute l'intervention de l'autorité publique se marque plus énergiquement dans cette procédure d'une civilisation déjà avancée que dans la *manus iniectio* des XII Tables : notamment, on écroue le *κακοῦργος* dans la prison publique, on le fait mettre à mort par les bourreaux publics. Mais ces derniers traits de l'*ἀπαγωγή* ne sont pas également anciens; et ils laissent subsister le trait essentiel, celui qui a donné son nom à l'institution, la saisie extrajudiciaire du voleur par le volé. Ni l'intervention du magistrat, ni la mise à mort du *κακοῦργος*, ni le caractère populaire attribué souvent à l'exercice de l'action n'en font nécessairement une action publique, puisque la *manus iniectio*, action privée sans conteste, présente des traits identiques.

la *manus iniectio* romaine. La personne qui l'exerce prend elle-même au corps son adversaire, l'entraîne de force devant les magistrats compétents, et, après quelques formalités qui se réduisent le plus souvent à des constatations très simples, le fait mettre à mort sans autre forme de procès[1]. L'ἐφήγησις et l'ἔνδειξις constituent des variétés de l'ἀπαγωγή; comme elle, elles suppriment la citation préliminaire devant le magistrat (πρόσκλησις), et amènent l'arrestation immédiate du défendeur[2]. Elles ne s'en distinguent guère que par la façon d'introduire la procédure. Dans l'ἐφήγησις, le poursuivant, au lieu d'arrêter lui-même son adversaire, recourt pour cela au magistrat, et le conduit sur le lieu du délit pour qu'il procède à l'arrestation[3]. Dans l'ἔνδειξις[4], le poursuivant se borne à adresser au magistrat une requête, qu'on nomme ἔνδειξις, pour qu'il fasse rechercher son adversaire et qu'il le fasse écrouer. On prétend généralement[5] que cette dernière procédure s'appliquait moins largement que l'ἀπαγωγή, et l'on soutient, sur la foi d'Harpocration[6], qu'elle ne pouvait atteindre que les ἄτιμοι qui continuaient à prendre part aux affaires publiques, et les proscrits en rupture de ban. Nous croyons, au contraire, qu'elle atteignait éventuellement aussi tous les malfaiteurs que pouvait atteindre l'ἀπαγωγή[7], mais qu'elle ne se substituait contre eux à l'ἐφήγησις que lorsqu'il s'agissait de délinquants qui avaient bien été pris sur le fait, mais qui avaient pu

[1] Sur l'ἀπαγωγή, voy. Platner, *Der Process und die Klagen bei den Attikern*, Darmstadt, 1824, I, pp. 259-268; Meier-Schœmann-Lipsius, I, pp. 270-286; Meier et Thalheim, V° *Apagoge*, dans la *Realencyclopädie der klassischen Alterthumswissenschaft* de Pauly-Wissowa; E. Caillemer, V° *Apagogè*, dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio; Meuss, *De* ἀπαγωγῆς *actione apud Athenienses*, Breslau, 1884; Glotz, *Solidarité*, pp. 425-433; Lipsius, *Das attische Recht und Rechtsverfahren*, II, 1, 1908, pp. 317-338; — et la littérature citée par ces auteurs.

[2] Platner, I, pp. 114-116; Meier-Schœmann-Lipsius, II, pp. 779-781.

[3] Meier-Schœmann-Lipsius, I, pp. 293-294; Lécrivain, V° *Ephègèsis*, dans le *Dictionn.* de Daremberg et Saglio; Lipsius, *Attisches Recht*, II, 1, pp. 337-338.

[4] Platner, I, pp. 268-285; Meier-Schœmann-Lipsius, I, pp. 286-293; Lécrivain, V° *Endeixis*, dans le *Dictionn.* de Daremberg et Saglio; Lipsius, *Attisches Recht*, II, 1, pp. 331-337.

[5] P. ex. Meier-Schœmann-Lipsius, I, pp. 286-287; Lipsius, *Attisches Recht*, II, 1, p. 331; Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1909, p. 381.

[6] Suidas, *Lex.*, V° Ἔνδειξις, 2 et 3; *Schol. Bav.* sur (Demosth.), *C. Aristog.*, I, p. 773, 25, et sur Demosth., *C. Leptin.*, p. 504, 24.

[7] Antiph., *De caede Herod.*, 9; Schol. Arist. sur *Equit.*, 278; Suidas, V° ἐνδείκνυμι.

s'enfuir. Cette idée, que suggère un texte de Pollux[1], rend bien compte de cette dualité d'actions, que les historiens de la procédure attique n'expliquent pas.

L'ἐφήγησις et l'ἔνδειξις, où le représentant de l'autorité publique assume un rôle réservé jadis au poursuivant, marquent des étapes de transition entre l'action privée et l'action publique.

Nous n'avons point à examiner tous les cas où l'on peut recourir à l'ἀπαγωγή (ainsi qu'à l'ἐφήγησις et à l'ἔνδειξις), notamment contre les meurtriers et les ἄτιμοι. Il nous suffit de remarquer que ces procédures trouvent leur application contre les voleurs, à condition toutefois que le délit soit flagrant et qu'il soit qualifié. La loi contient une liste limitative — dont la première rédaction est attribuée à Solon — des voleurs qualifiés (κακοῦργοι : *malfaiteurs, malandrins*); cette liste s'est allongée avec le temps. Elle comprend au IVe siècle[2] : les auteurs de vols comportant des circonstances aggravantes (κλεπταί), notamment de vols commis la nuit, ou dans certains lieux publics, ou dont le montant dépasse cinquante drachmes[3]; les « détrousseurs » (λωποδύται[4]); les voleurs d'esclaves (ἀνδραποδισταί); les coupeurs de bourses (βαλαντιοτομοι); les cambrioleurs (τοιχωρύχοι), et peut-être quelques autres[5].

Comment fonctionne l'ἀπαγωγὴ κακούργων? Le volé se saisit du voleur et l'entraîne devant les magistrats[6] en le forçant, quand il le peut, à porter lui-même l'objet dérobé[7]. Depuis Solon, les magistrats compétents sont les *Onze* (Οἱ ἕνδεκα), fonctionnaires investis à la fois d'attributions administratives (surveillance de la prison), policières et judiciaires, fort analogues à celles d'es des *tres viri capitales*

[1] Poll., VIII, 49 (éd. Dindorf, II, p. 127). « Ἡ δὲ ἀπαγωγὴ ὅταν τις, ὃν ἐπιδείξαιμι μὴ παρόντα, τοῦτον πάλιν ἐπὶ κόλασιν λάβῃ, ἀπάγῃ. » Van den Eynde, pp. 28-29.

[2] Glotz, V° *Klopé*, p. 829; Lipsius, I, p. 78; II, 1, p. 320.

[3] Van Eck Bellevelde, pp. 12-16.

[4] Λωποδύται (de λώπη, vêtement, et δύω, je dépouille) désigne proprement les *voleurs d'habits* et aussi les *voleurs à main armée*. Nous croyons exprimer la connexion des deux idées en traduisant λωποδύται par *détrousseurs*.

[5] Τομπαιδόγοι et τοιχωρύχοι : Lipsius, I, p. 78, n. 103; Glotz, V° *Klopé*, p. 829, et surtout Van Eck Bellevelde, pp. 14-15 et p. 28.

[6] Glotz, V° *Klopé*, p. 829 (Cf. pour l'époque des orateurs, Guiraud, *Solidarité*, p. 427, n. 1).

[7] Demosth., C. *Steph.*, I, 81, p. 1120 : « Κλοπὴ τοῦτο λέγω, ὃ τοιοῦτόν ἐστιν ὃ ἀπόλωλε μὲν, ἐπὶ κόλασιν δ' ἀπῆκται [illegible] ὅ τις εἰδὼς [illegible] ἐν [illegible] »

de Rome[1]. Le plaignant leur remet un procès-verbal (qu'on nomme aussi ἀπαγωγή) attestant la flagrance et la qualification du délit[2]. De deux choses l'une : ou bien le voleur avoue, ou bien il nie le délit. Le plus souvent, pris sur le fait comme il l'est, il avoue : on l'exécute sur-le-champ. C'est l'issue normale, régulière, de l'ἀπαγωγή, peut-être la seule qui soit possible à l'origine. Cependant, au IVe siècle, le κακοῦργος peut contester le délit ou sa qualification. Les Onze organisent alors une instance, qu'ils renvoient devant un jury d'héliastes[3], et écrouent le malfaiteur jusqu'à sa comparution[4]. Après examen des preuves, le délit, s'il est établi, entraîne encore la mort[5].

2° Δίκη κλοπῆς. L'action privée de vol a un domaine d'application très large : elle s'applique à tous les vols, flagrants ou non, qualifiés ou non, de sorte que, concourant avec l'ἀπαγωγή pour la répression des vols flagrants et qualifiés, elle reste la seule action privée possible pour les vols auxquels manque un de ces deux caractères. La δίκη κλοπῆς tend à faire payer au coupable, pour l'attribuer à la victime, une composition pécuniaire égale au double de la valeur de la chose volée[6].

L'organisation de l'instance est de la compétence des thesmothètes, qui la renvoient soit devant un juré unique (diétète), soit devant un jury d'héliastes[7], sans que nous puissions déterminer

[1] Sur les Onze, voy. en dernier lieu Lipsius, I, pp. 74-81.

[2] Lys., *C. Agor.*, 75, p. 502 : Ἐπ' αὐτοφώρῳ τῇ ἀπαγωγῇ ἐπιγέγραπται.

[3] Van Eyk Byleveld, p. 25, et les citations.

[4] Ἐν τῷ ξύλῳ. Dem., *C. Tim.*, 146, p. 745. Peut-être qu'originairement le plaignant emmenait le malfaiteur dans sa maison. Mais, au IVe siècle, il n'en était plus ainsi. Dem., *C. Aristocr.*, p. 647 : Ἀπάγειν ἔξεστιν εἰς τὸ δεσμωτήριον, οὐκ οἴκαδε, οὐδ' ὅποι βούλεται.

[5] Le châtiment s'exécute par le bâton ἀποτυμπανισμός. Lys., *C. Agor.*, 56, p. 135. Cf. Glotz, *Solidarité*, p. 430, n. 4. Thalheim, *Gr. Rechtsalterthümer*, p. 141, n. 5.

[6] Van Eyk Byleveld, pp. 18-22; 69-78; Glotz, V° *Klopè*, pp. 828 et sqq.; Lipsius, II, 1, pp. 440-442.

[7] Nous croyons devoir rappeler ici quelques notions touchant l'organisation judiciaire grecque. Les *héliastes* sont les membres de l'Ἡλιαία, « sorte de délégation ou survivance de l'assemblée du peuple » (Caillemer, V° *Heliaea*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio). Recrutés par tirage au sort au nombre de six cents pour chaque tribu, soit six mille en tout, ils sont répartis en dix sections (δικαστήρια), comprenant chacune un peu plus de cinq cents juges (le surplus servant de suppléants). « La répartition se faisait par le sort, et, pour chaque affaire, par les soins des thesmothètes. La question litigieuse était tranchée par leur vote. » Sur les héliastes, voy. en dernier lieu Lipsius, I, pp. 134-166. Les *diétètes* sont des

exactement les règles qui président à ce choix[1]. Le juré a une double mission à remplir : se prononcer d'abord sur la question de culpabilité ; puis, s'il l'a résolue affirmativement, estimer en argent la valeur de la chose volée, afin de pouvoir fixer le montant de la composition encourue (τίμησις). Les héliastes (mais non le diététe) peuvent en outre frapper le voleur d'une peine accessoire (προστίμημα) infamante : l'exposition publique, les entraves aux pieds, sur une sorte de pilori (ποδοκάκη)[2] pendant cinq jours et cinq nuits[3].

3° Γραφὴ κλοπῆς. Dès le temps de Solon, ou peu après lui, le vol est devenu un délit public, et l'action publique (γραφή) a concouru pour sa répression avec les actions privées. Comme les actions publiques en général, la γραφὴ κλοπῆς peut être mise en mouvement par une autre personne que le volé, mais seulement au cas d'inaction de ce dernier[4]. Elle peut être dirigée contre tout voleur, flagrant ou non, qualifié ou non.

L'organisation de l'instance appartient aux thesmothètes. Saisis par une plainte écrite, ils instruisent l'affaire, et la renvoient devant un jury d'héliastes qui la juge. La peine n'est pas fixée d'une manière invariable. Le jury en estime le montant et prononce soit la peine de mort, soit une peine pécuniaire plus ou moins élevée, à laquelle s'ajoute nécessairement, à titre de προστίμημα, la peine de la chaîne[5].

On ne peut pas, pour un même vol, utiliser plus d'une des voies de

arbitres fort analogues aux *indices* romains, et choisis, comme ceux-ci, sur une liste officielle. Voy. Lipsius, I, pp. 230-233, et l'ouvrage ancien, mais fondamental, de Meier, *Die Privatschiedsrichter und die öffentlichen Diäteten Athens*, Halle, 1846, auquel il faut joindre, en considération des résultats qu'il tire de l'*Athenaion Politeia* d'Aristote, le mémoire de Peschinger, *De arbitris Atheniensium publicis*, Munich, 1893.

[1] Les procès privés (ἰδίαι δίκαι) devaient-ils, à notre époque, aller d'abord aux diététes, et ne venaient-ils qu'en appel devant les héliastes? Cf. Gilbert, *l. c.*, p. 452. On l'a supposé. On pourrait croire plutôt que les diététes n'étaient régulièrement saisis que si les parties étaient d'accord pour cela ; sinon on allait devant les héliastes.

[2] Ποδοκάκη ou ποδοστοκάκη : sorte de machine en bois comprenant des entraves pour les pieds du condamné. Voy. Poll., VIII, 72. Ed. Dindorf, II, p. 48.

[3] Dem., *C. Tim.*, 105, p. 733, 3, reproduisant les termes mêmes de la loi : ἐξεῖναι δ' ἐν τῇ ποδοκάκῃ τοὺς πόδας πενθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἕξ.

[4] Sur la γραφὴ κλοπῆς, voy. Glotz, V° *Klopé*, p. 898. Van Eck Bayerische, pp. 22-23, 78-80. Lipsius, II, 1, pp. 438-442.

[5] Dem., *C. Tim.*, 103, p. 730 : Ἐὰν τις ἁλῷ κλοπῆς, καὶ θανάτου καὶ χρημάτων τιμᾶται καὶ δεσμῶν.

droit que nous venons d'énumérer. Le volé doit choisir entre elles, en examinant quels avantages chacune d'elles lui offre dans le cas concret où il se trouve[1]. Les diverses actions pénales, privées et publiques, ne concourent donc pas l'une avec l'autre. Elles concourent par contre avec les actions rei persécutoires, δίκη ἐξοίλης et δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν, par lesquelles le volé peut réclamer qu'on lui restitue ou qu'on lui exhibe le corps du délit. D'ailleurs, au cours même de l'exercice des actions pénales, le volé obtient régulièrement la restitution de sa chose[2].

4

Ces quelques données sur la répression de la κλοπή dans le droit attique du IVe siècle suffisent pour nous permettre d'analyser les textes de Plaute et de Térence relatifs au *furtum*, et particulièrement ceux du *Pœnulus*. Esquissons à grand traits l'intrigue de cette pièce; cherchons surtout à en démonter le mécanisme juridique et à recueillir les détails qui peuvent faire comprendre comment il joue.

La ville de Calydon, en Etolie, possède deux gracieuses courtisanes, qu'on nomme Antérastilis et Adelphasium, et un élégant viveur, qu'on nomme Agorastoclès. Ces trois personnages se trouvent être proches parents, puisque Agorastoclès a pour oncle Hannon, père des deux jouvencelles; mais ils ignorent le lien que les unit: des pirates les ont arrachés tout petits à leur famille, qui

[1] Transcrivons ici, à la suite de M. Glotz, le passage de Démosthène (*C. Androt.*, 26-27, p. 601) qui traite du choix à faire entre les diverses actions de vol : « Solon pensait que nul ne doit être privé de la faculté de se faire rendre justice selon ses moyens. Comment peut-on obtenir un pareil résultat? En ouvrant à la fois plusieurs voies légales contre les auteurs de délits. Prenons pour exemple le vol. Tu es vigoureux et sûr de ta force, arrête toi-même le prévenu (ἀπαγωγή); seulement, tu courras risque de payer mille drachmes. Si tu n'es pas assez fort pour agir ainsi, va chercher les magistrats. Ce sont eux qui procéderont à l'arrestation (ἐφήγησις). Est-ce là encore trop pour toi? Intente une accusation (γραφὴ κλοπῆς). Tu te méfies de toi-même, tu es pauvre et tu ne pourrais pas payer mille drachmes, intente l'action civile de vol (δίκη κλοπῆς) devant un arbitre, et tu ne courras aucun danger. Toutes ces voies ne se confondent nullement entre elles. » (Trad. Dareste, *Les plaidoyers politiques de Démosthène*, 1879, I, p. 12).

[2] Glotz, V° *Klopè*, p. 829. Cela ne souffre de difficulté que pour l'ἀπαγωγή, à raison d'un texte de Démosthène (*C. Timocr.*, 113, p. 736); néanmoins l'affirmative est généralement admise. Platner, II, p. 174; Glotz, V° *Klopè*, p. 830.

habitait Carthage, les ont transportés en Grèce et vendus à des maîtres différents. Antérastilis et Adelphasium sont tombées entre les mains d'un louche trafiquant, — maquignon, entremetteur, tenancier de mauvais lieu, — que sa rapacité et sa brutalité ont fait surnommer Le Loup (*Lycus*). Plus heureux, Agorastocles a été adopté par son maître, un riche vieillard duquel il a hérité de grands biens; il mène une vie brillante et oisive. Le hasard, ce hasard merveilleux qui constitue l'un des ressorts principaux de la comédie nouvelle[1], n'a pas fait les choses à demi. Il ne s'est pas contenté de réunir dans la même ville Agorastocles et ses belles cousines; il y a amené Eros. Agorastocles a rencontré Adelphasium, il l'a admirée, il lui a conté fleurette, il s'est épris d'elle. Il semble que l'accord doive se faire aisément entre une fille peu farouche et un galant généreux, qui a les moyens de l'être. Mais, si l'accord se faisait aisément, il n'y aurait pas de pièce. Or, il y a une pièce, et l'accord tarde à se faire, parce qu'un tiers a intérêt à séparer les deux amants : c'est Le Loup[2]. Non par scrupule moral ou pour tout autre motif avouable, mais par cupidité. Le Loup prétend exploiter sans vergogne le penchant d'Agorastocles, et il lui tient la dragée haute. Aussi le jeune homme, habitué à des succès faciles, conçoit-il un grand dépit contre le gêneur; il s'exaspère, il brûle de se venger et d'avoir Adelphasium toute à lui.

Comment y parvenir? Assez médiocrement doué pour l'intrigue, Agorastocles serait fort embarrassé, s'il n'avait sous la main un homme de ressource, son esclave Milphion. Ce valet de comédie, ancêtre de nos Crispins et de nos Scapins, sans plus de scrupules, mais avec moins de panache, abonde en subterfuges propres à faire réussir tous les desseins[3]. Il n'ignore même point les détours de la chicane, car c'est une fourberie juridique qu'il propose à son maître, dès que celui-ci, dans le dialogue par lequel s'ouvre la pièce, l'a pris pour confident de son amour et de ses déceptions[4].

[1] Ph. E. Legrand, *Daos*, p. 392 et sqq.

[2] Sur l'attitude, en réalité assez peu logique, que Plaute prête à l'entremetteur, et sur les questions de composition que cette attitude soulève, voir Leo, *Plaut. Forsch*², pp. 175-176 et p. 209.

[3] Cf. Legrand, *Daos*, p. 134 et sqq.

[4] Nous avons cru devoir reproduire ici d'assez longs fragments du *Pseudolus*. Il nous a semblé que bien des détails juridiques du coup monté contre le lena échap-

MILPHION. Veux-tu dès aujourd'hui, sans dam et sans dépens, faire d'Adelphasium ton affranchie?

AGORASTOCLÈS. J'en brûle, Milphion.

M. Je t'en fournirai les moyens. As-tu chez toi trois cents Philippes d'or?

A. Six cents, s'il le faut.

M. C'est assez de trois cents.

A. Qu'en veux-tu faire?

Vers 163 et sqq. (I, 1, 35 et sqq.).

MILPHIO. Vin tu illam hodie sine [damno et] dispendio
tuo tuam libertam facere?
AGORASTOCLES. Cupio, Milphio.
M. Ego faciam ut facias. Sunt tibi intus aurei 165
trecenti nummi Philippi?
A. Sescenti quoque.
M. Satis sunt trecenti.
A. Quid iis facturu's?

paient aux exégètes de notre pièce, et nous avons voulu ne rien laisser perdre de ceux de ces détails qui touchent au *furtum*. Conformément au principe que nous suivons, nous avons transcrit intégralement le texte d'après l'édition LEO (*Plauti comœdiae*, Berolini, 1895-1896), — non sans avoir confronté avec elle l'édition USSING (*T. Maccii Plauti comœdiae*², Havniae, 1892, vol. IV, 2e part.), que recommande particulièrement son commentaire développé, l'édition RITSCHL, LŒWE, GŒTZ et SCHŒLL (*T. Macci Plauti comœdiae*, Lipsiae, 1871-1890, 4 vol.; le *Pœnulus*, revu par GŒTZ et SCHŒLL, forme le fasc. 5 du tome II; nous avons aussi utilisé la petite édition, plus récente, de GŒTZ et SCHŒLL, *T. Macci Plauti comœdiae*, Lipsiae (Teubner), 1900, fasc. 5), et enfin l'édition LINDSAY (*T. Macci Plauti comœdiae*, Oxonii, t. II). Mais, comme la transcription de très longs fragments, de lecture difficile, pouvait lasser le lecteur, nous nous sommes risqués, exceptionnellement, à les traduire. Aucune des traductions françaises qui existent ne pouvait nous satisfaire, ni les traductions ternes et vieillottes de NAUDET (*Théâtre de Plaute*, dans la *Collection* GARNIER) ou de A. FRANÇOIS (dans la *Collection* NISARD), ni même la traduction plus pittoresque et plus colorée de LAURENT TAILHADE (*Plaute. Trois Comédies*, Paris, 1905), qui, d'ailleurs, outre de parti pris la truculence de PLAUTE. Nous avons donc essayé de faire nous-mêmes ce travail, sans nous en dissimuler les difficultés. Nous avons cherché avant tout l'exactitude et la propriété de l'interprétation juridique, sans aller cependant jusqu'au point où une interprétation trop technique préjugerait des solutions à dégager ultérieurement sur des questions encore obscures. Bien souvent, nous avons *adapté* l'original latin plutôt que nous ne l'avons traduit littéralement. Ainsi, pour rendre les mots *addictum tenes* (vers 720), nous avons écrit : *Je suis ton homme* (en pensant au sens étroit qu'affecte cette dernière expression dans la langue du droit féodal). Bien évidemment, *addictus* n'a pas d'équivalent adéquat dans la langue de notre droit moderne.

M. Tais-toi! L'entremetteur[1] au complet, avec sa maisonnée au complet, voilà ce que je t'offrirai aujourd'hui gratis.

A. Comment feras-tu?

M. Tu vas le savoir! Collybiscus, ton fermier, est aujourd'hui en ville. Il n'est pas connu de l'entremetteur. Saisis-tu?

A. Je saisis, parbleu! Mais où veux-tu en venir, je n'en sais rien.

M. Tu n'en sais rien?

A. Non, parbleu.

M. Eh bien! je vais te le faire savoir. On lui remettra l'argent, pour qu'il le porte à l'entremetteur, en disant qu'il est en voyage, qu'il arrive de l'étranger, qu'il veut faire l'amour et en prendre à son aise, qu'il cherche un endroit sûr pour se débaucher en cachette, sans que nul s'en mêle... Cupide comme il l'est, l'entremetteur l'accueillera d'emblée. Il mettra à l'ombre l'homme et l'argent.

A. Ce plan me va.

M. Tace.
Totum lenonem tibi cum tota familia
dabo hodie dono.
A. Qui id facturu's?
M. Iam scies.
Tuos Collybiscus nunc in urbest vilicus; 170
eum hic non novit leno. Satin intellegis?
A. Intellego hercle, sed quo evadas nescio.
M. Non scis?
A. Non hercle.
M. At ego iam faxo scies.
Ei dabitur aurum, ut ad lenonem deferat
dicatque se peregrinum esse, ex alio oppido: 175
se amare velle atque obsequi animo suo;
locum sibi velle liberum praeberier,
ubi nequam faciat clam, ne quis sit arbiter.
Leno ad se accipiet auri cupidus illico;
celabit hominem et aurum.
A. Consilium placet. 180

[1] Nous avons employé le mot *entremetteur* pour traduire le latin *leno*, bien qu'il soit long, lourd et solennel. Mais peut-être le mot *maquereau* serait-il semblé trop rude, malgré l'autorité de nos vieux auteurs.

M. Demande-lui alors si ton esclave est venu chez lui. Il croira que c'est moi que tu réclames ; tout à trac il dira non Pas de doute que du coup il ne se rende envers toi voleur au double de l'homme et de l'argent. Or il n'a pas de quoi faire. A peine sera-t-il arrivé en justice que le préteur t'adjugera toute la maisonnée. Comme cela nous ferons tomber dans le panneau l'entremetteur Le Loup.

A. Ce plan me va.

On suit de point en point les instructions de Milphion. On costume Collybiscus, on le style, on lui remet les trois cents pièces d'or. Puis Agorastoclès racole des témoins *(testes, advocati)* que nous voyons défiler à sa suite vers le début de l'acte III. Il y a là, entre Agorastoclès et ses acolytes, un long colloque qui fournit de précieux renseignements sur les mœurs judiciaires de l'époque, et plutôt, semble-t-il, sur celles de Rome que sur celles d'Athènes[1]. Nous n'en retiendrons que ce qui touche à la question du *furtum*. Agorastoclès fait minutieusement la leçon aux témoins.

Agorastoclès. Vous savez l'affaire. Je vous ai conté pourquoi j'ai besoin de votre aide, à propos de cet entremetteur qui se joue de mon amour depuis si longtemps. Je veux lui tendre un piège avec mon argent et mon esclave.

M. Rogato, servos veneritne ad eum tuos.
Ille me censebit quaeri : continuo tibi
negabit. Quid tu dubitas, quin extempulo
dupli tibi auri et hominis fur leno siet?
Neque id unde efficiat habet : ubi in ius venerit, 185
addicet praetor familiam totam tibi.
Ita decipiemus fovea lenonem Lycum.

A. Placet consilium.

Vv. 547 et sqq. (III, 1, 44 et sqq.).

Agor. Scitis rem, narravi vobis quod vestra opera mi opus siet,
de lenone hoc, qui me amantem ludificatur tam diu,
ei paratae ut sint insidiae de auro et de servo meo.

[1] Cf. le passage sur le même sujet qui va du vers 565 au vers 574. Après avoir coupé sa traduction en y intercalant quelques traits de mœurs locales, Plaute revient brusquement à son original. Leo, et Ritschl, Goetz et Schoell placent ces vers entre crochets.

LES TÉMOINS. Nous savons déjà tout cela...

AGOR. Oui certes... Mais un instant, que je sache que vous savez l'affaire. Vite, redites-moi ce que je vous ai dit tantôt.

LES TÉMOINS. Vraiment? Tu veux vérifier si nous savons? Tu te figures que nous avons oublié l'histoire des trois cents Philippes que tu as donnés à ton fermier Collybiscus pour qu'il les porte ici à l'entremetteur, ton ennemi, en jouant le rôle d'un voyageur étranger? Dès qu'il les aura remis, tu viendras quérir ton esclave avec l'argent.

AGOR. Vous avez bonne mémoire ; vous m'avez bien retenu.

LES TÉMOINS. Il dira non ; il croira que c'est ton Milphion que tu cherches. Cela fera monter tout le vol au double. On t'adjugera l'entremetteur. C'est pour cette affaire que tu demandes notre témoignage.

AGOR. Vous tenez l'affaire.

Il y a, dans les scènes que nous venons de parcourir, deux passages connexes qui offrent, à notre point de vue[1], quelques difficultés de lecture et d'interprétation. C'est le passage des vers 183-184 (Quid tu dubitas, quin extempulo dupli tibi auri et hominis fur leno siet? et le passage correspondant du vers 564 Id duplicabit

ADVOCATI. Omnia istaec scimus iam nos... 550

Vv. 555 et sqq. (III, 1, 52 et sqq.).

AGOR. Ita profecto est. Sed agite igitur, ut sciam vos scire rem, 555
expedite et mihi quae vobis dudum dixi dicite.

ADV. Itane? Temptas an sciamus? Non meminisse nos ratu's
quo modo trecentos Philippos Collybisco vilico
dederis, quos deferret huc ad lenonem inimicum tuom,
[isque] se ut assimularet peregrinum esse aliunde ex alio oppido ' 560
Ubi is detulerit, tu eo quaesitum servom advenies tuom
cum pecunia.

AGOR. Meministis memoriter, servastis me.

ADV. Ille negabit : Milphonem quaeri censebit tuom ;
id duplicabit omne furtum. Leno addicetur tibi.
Ad eam rem nos esse testis vis tibi.

AGOR. Tenetis rem

[1] Pour le vers 163, voy. SCHUETH, *De Poenulo Plautina quaestiones criticae*, Bonnae, 1883, pp. 17-19.

omne furtum). Il convient d'étudier de près ces passages, qui peuvent présenter un grand intérêt juridique.

Le premier est, en la forme, le plus embarrassé. Les copistes eux-mêmes ont dû avoir de la peine à le comprendre. Les manuscrits portent des traces de corruption. La plupart donnent la leçon *hauri* qu'on corrige naturellement en *auri*. L'un des meilleurs, le *Codex Palatinus Vaticanus* donne aussi la leçon *duplici* (au lieu de *dupli*), ce qui change complètement le sens de la phrase, et lui enlève presque toute sa portée juridique. Avec cette leçon, on traduirait à peu près : « Grâce à ta duplicité[1], l'entremetteur commettra à tes dépens *(duplici tibi)* un vol portant sur l'esclave et sur l'or. » Mais, depuis Camerarius[2], les éditeurs, même les plus récents (Ussing, Götz et Schöll, Leo, Lindsay, etc.), s'accordent à écarter *duplici*. Ils regardent ce mot comme une correction maladroite faite par quelque scribe sur un texte qu'il n'entendait pas; ils tiennent pour *dupli*, qui s'autorise du rapprochement avec le vers 564 *(duplicabit)*. Mais toute difficulté n'est pas écartée par ce choix.

En partant de la leçon *dupli*, nous rencontrons en effet deux interprétations possibles, qui ont toutes deux leurs partisans. 1° L'une est celle à laquelle ont pensé spontanément plusieurs éditeurs de Plaute, qui ont mis *auri et hominis* entre virgules, comme apposition à *dupli* : « Le *leno* sera voleur de deux choses, l'or et l'esclave[3]. » Cette interprétation, qui a le mérite de la simplicité, et en faveur de laquelle on pourrait présenter quelques arguments[4],

[1] Sur le sens de *duplex*, voy. Friedrich, *Catulli Veronensis liber*, Leipzig et Berlin, 1908, p. 451.

[2] Camerarius (J.), *Plauti comoediae*, Bâle, 1552.

[3] Ainsi Ussing, IV, 2, p. 304, 184; Ritschl, Goetz et Schœll, II, 5, p. 20; Lindsay, etc.

[4] Il nous semble qu'on peut invoquer, en faveur de cette interprétation, un rapprochement de textes. Aux vers 182 et sqq., 563 et sqq., on décrit comme il suit les résultats de la dénégation du *leno* :

V. 182 : continuo tibi
negabit. Quid tu dubitas, quin extempulo
dupli tibi auri et hominis fur leno siet?

V. 563 : Ille negabit : Milphionem quaeri censebit tuom;
id duplicabit omne furtum.

Or, le même développement reparaît aux vers 736 et sqq.

Extemplo denegabit. — Iuratus quidem.
— Homo furti se adstringet. — Hau dubium id quidemst.
— *Quantum quantum ad eum erit delatum.*

Ces derniers mots correspondent évidemment aux vers 184 et 564 des précédents

se heurte, croyons-nous, à deux objections capitales. La première, c'est que *duplum* signifie *le double*, et non point *deux choses*. La seconde, c'est que le vers 564, symétrique du vers 184, ne peut, de quelque façon qu'on le tourne, signifier « cela fera porter le vol sur deux choses » (« id duplicabit omne furtum »). 2° L'autre interprétation est celle qu'admettent, sans la discuter, à peu près tous les juristes qui se sont occupés de ce passage[1] : « Le *leno* sera voleur de l'or et de l'esclave au double » (*dupli* étant un génitif de prix), c'est-à-dire : « Le *leno* encourra une condamnation au double comme voleur. » Cette interprétation laisse au mot *duplum* son acception propre ; elle cadre mieux avec le vers 564, qui, malheureusement, n'est pas tout à fait clair. Elle peut s'autoriser aussi de certains arguments, dont quelques-uns ont de la valeur[2]. En voici un qu'on n'a pas produit, croyons-nous. La phrase : « Quid tu dubitas... quin... dupli... fur leno siet » a pour corollaire la phrase « Neque id unde efficiat habet. » Ce n'est que si Lycus, condamné pour vol, se trouve insolvable, que le plan de Milphion réussira. La ruse échouerait si Lycus avait de quoi s'acquitter. Or il pourrait sans doute payer une condamnation au simple. Il dit lui-même, aux vers 1362-1363 : « Obsecro te, ut liceat simplum solvere. Trecentos philippos : credo conradi potest. » Cela expliquerait la mention d'une condamnation au double aux vers 184 et 564, mention nécessaire, puisque cette condamnation constitue une pièce

développements. Ils en précisent le sens : il s'agit uniquement de savoir sur quels objets portera le *furtum*, mais il ne s'agit pas de savoir si la *poena* montera au double.

[1] P. ex. Costa, p. 408; Bernard, p. 177.

[2] D'autres auraient une valeur moindre. A première vue, on pourrait chercher à s'appuyer sur le vers 185 : Neque id unde efficiat habet. Si *id* est le complément de *efficiat*, il se rapporte à *duplum*, et, comme il désigne visiblement une somme d'argent, *duplum* lui-même désigne aussi le montant d'une *poena* pecuniaire. — Mais il n'est pas sûr que *id* soit le complément de *efficiat*. Car *facere* et *efficere*, dans le sens de *payer*, s'emploient souvent sans régime. P. ex. Gaii, IV, 4. XVI, 10, 15. Adsiduus in XII tabulis pro locupleto et facile facienti dictus. Dans la langue juridique, *facere posse*, pris absolument, est l'équivalent de *solvendo esse*; inversement, *facere non posse* (et non *facere nihil posse*) est l'équivalent de *solvendo non esse* (Voy. Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], V. *facere*, p. 203, 2, p. ex. *Dig.*, 17, 2, fr. 23, pr.; fr. 81; *Dig.*, 24, 3, fr. 18, 1, fr. 48, fr. 54, etc.). *Id* peut donc être le complément de *habet*, et désigner la même chose que unde *efficiat* (Cf. l'expression juridique *is nudo petitur* servant à désigner le défendeur à un procès : Cic., *De orat.*, I, 36, 167).

essentielle du complot[1]. Nous croyons donc que Plaute a eu en vue la condamnation au double du *furtum nec manifestum* dans ses vers 184 et 564.

Mais, tout en l'admettant, nous devons reconnaître que la forme dont il s'est servi est bien insolite. On rencontre le génitif de prix accompagnant des verbes exprimant une idée d'*appréciation*, d'*évaluation*, comme *aestimare*, *habere*, *condemnare*; on ne le rencontre pas avec des locutions desquelles cette idée est absente[2]. En face de *condemnare aliquem dupli*, attesté par maints exemples[3], nous n'avons aucune autorité valable à invoquer à l'appui de *furem esse dupli* dans le sens de *commettre un vol passible d'une condamnation au double*. Il y a là, dans l'idée, un saut brusque, qu'on rend plus sensible en remarquant que *furem esse* équivaut à peu près à *furari*, et qu'on ne pourrait pas dire ici *furari dupli*, tandis que *furari duplum* aurait un sens totalement différent.

Le vers 584, plus acceptable en la forme, reste cependant ambigu. Ussing le tient pour corrompu, se basant sur des arguments de fond dont nous ne pouvons faire état ici, et sur l'emploi assez surprenant d'*omne*[4]. Il propose même de le corriger, et de lire : *Id implicabit hominem furto* (ou *furti*)[5]. Nous ne pouvons adopter cette retouche trop conjecturale. Mais nous noterons cependant

[1] Ce qui enlève un peu de sa force à cette argumentation, c'est le soupçon de remaniement qui plane sur le dénouement duquel les vers 1362-1363 sont extraits. *Infra*, § 5.

[2] Cf. Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], Paris, 1908, pp. 116 et sqq.

[3] Cato, *De agri cultura*, pr. : Maiores nostri... in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Cf. Plaut., *Mostell.*, v. 1099 (V, 1, 48) : hunc argenti condemnabo facilius. Alfenus, *l. II Digestorum*, *Dig.*, XV, 3, fr. 16 : Si quo amplioris pecuniae boves essent, eius oportere dominum condemnari. Gell., *N. A.*, XX, 1, 38 : iudex hominem pecuniae damnabat, etc. Cf. la *condemnatio* d'un grand nombre de formules : quantae pecuniae aequum tibi videbitur N^m^ N^m^... condemnari;... eius condemna, etc. Nous croyons que beaucoup des *condemnationes* que les restitutions construisent avec un accusatif (duplum .. condemna; tantam pecuniam... condemna) devaient, en réalité, malgré l'autorité de Gaius (IV, 46 et sqq.), se construire avec un génitif (dupli... condemna; tantae pecuniae... condemna). La syntaxe de la procédure romaine n'a pas été assez étudiée.

[4] Emploi beaucoup plus surprenant d'ailleurs au point de vue de la langue classique qu'au point de vue de la langue de Plaute. Chez un auteur classique, *omne furtum* n'équivaudrait ni à *totum furtum*, ni à *omnia furta*. Mais, chez Plaute, *omne furtum* peut, sans difficulté, être pris pour *totum furtum*.

[5] Ussing, IV, 2, p. 322.

l'allure embarrassée du texte : c'est à grand'peine qu'on peut prendre *duplicare omne furtum* comme équivalent de *duplicare totam pœnam*. Nous chercherons plus loin à nous expliquer pourquoi Plaute a usé ici d'équivoque en mentionnant la *pœna dupli*.

Revenons à l'analyse du *Pœnulus*. Après le colloque d'Agorastoclès avec les témoins, on voit apparaître Collybiscus. Les témoins s'approchent de lui, et demandent à examiner l'argent qu'il porte.

AGOR. Cet homme a sur lui trois cents écus.

LES TÉMOINS. Il nous faut vérifier le compte, Agorastoclès, pour que nous puissions témoigner tout à l'heure en connaissance de cause.

COLLYBISCUS. Allez-y, vérifiez.

Les témoins amènent le rustre chez l'entremetteur. Ils le donnent pour un étranger, qui vient de Sparte, où il servait sous le roi Attale, et qui veut mener joyeuse vie. Mais il demande avant tout à être traité discrètement. Il a des raisons sérieuses de se cacher, ayant déserté après la prise de la ville. L'entremetteur accueille le nouveau venu à bras ouverts, promet tout ce qu'on veut, et l'emmène chez lui. Les témoins font signe à Agorastoclès.

LES TÉMOINS. Si nous appelions Agorastoclès ici dehors? Il serait pour lui-même le plus sûr des témoins. Hé, chasseur de voleurs, sors vite de ton affût, pour constater de tes yeux que l'entremetteur reçoit de l'argent!

Vv. 594 et sqq. (III, 2, 17 et sqq.).

AGOR. Hic trecentos nummos numeratos habet.
ADV. Ergo nos inspicere oportet istuc aurum, Agorastocles, 595
ut sciamus quid dicamus mox pro testimonio.
COLL. Agite, inspicite.

Vv. 662-664 (III, 3, 49-53).

ADV. At enim hic clam furtim esse volt, ne quis sciat
neve arbiter sit. Nam hic latro in Sparta fuit,
ut quidem ipse nobis dixit, apud regem Attalum;
inde huc aufugit, quoniam capitur oppidum.

Vv. 707 et sqq. (III, 3, 94 et sqq.).

ADV. Quid si evocemus huc foras Agorastoclem,
ut ipsus testis sit sibi certissumus?
Heus tu, qui furem captas, egredere ocius,
ut tute inspectes aurum lenoni dari. 710

AGORASTOCLÈS. Qu'y a-t-il ? Que voulez-vous, témoins?

LES TÉMOINS. Un coup d'œil à droite! Ton esclave va bâiller l'argent aux mains de l'entremetteur.

COLLYBISCUS. Allons, prends cela, s'il te plaît. Voilà le compte : trois cents pièces d'or qu'on appelle des Philippes. Avec cela soigne moi. Je veux les manger lestement...

LYCUS. Suis-moi donc.

COLLYBISCUS. Introduis-moi. Je suis ton homme.

AGOR. A présent, que me conseillez-vous ?

LES TÉMOINS. De ne pas t'emballer.

AGOR. Et si je ne peux pas me contenir?

LES TÉMOINS. Fais comme tu pourras.

AGOR. Vous avez vu quand l'entremetteur a reçu l'argent?

LES TÉMOINS. Oui.

AGOR. Vous savez que c'est là mon esclave?

LES TÉMOINS. Oui.

AGOR. Que le fait va contre les lois publiques maintes fois rendues ?

LES TÉMOINS. Oui.

AGOR. Quid est? quid voltis, testes?
ADV. Specta ad dexteram.
Tuos servos aurum ipsi lenoni dabit.
COLLYB. Age, accipe hoc sis : hic sunt numerati aurei
trecenti nummi, qui vocantur Philippei.
Hinc me procura : propere hosce apsumi volo.... 715
LYCUS. Quin sequere me ergo.
COLLYB. Abduc intro. Addictum tenes[1]. 720
AGOR. Quid nunc mi auctores estis?
ADV. Ut frugi sies.
AGOR. Quid, si animus esse non sinit?
ADV. Esto ut sinit.
AGOR. [Vidistis, leno quom aurum accepit?
ADV. Vidimus.
AGOR. Eum vos meum esse servom scitis?
ADV. Scivimus.
AGOR. Rem adversus populi saepe leges?
ADV. Scivimus. 725

[1] Sur les remaniements subis ici par le texte, voy. LEO, *Plautinische Forschungen*², p. 8.

AGOR. Eh bien! retenez tout cela pour le moment prochain où il faudra paraître devant le préteur.

LES TÉMOINS. C'est retenu.]

AGOR. Si je frappais à la maison pendant que le délit est flagrant?

LES TÉMOINS. D'accord!

[AGOR. Si je frappe et qu'il n'ouvre pas?

LES TÉMOINS. Alors, casse la croûte[1].

AGOR. Si l'entremetteur se montre, que faire? Demanderai-je au particulier si mon esclave est entré chez lui?

LES TÉMOINS. Sans doute.

AGOR. [Avec deux cents Philippes d'or?

LES TÉMOINS. Sans doute.

AGOR. Là, pour le coup, l'entremetteur fera fausse route.

LES TÉMOINS. Pourquoi?

AGOR. Pourquoi? Parce que je dirai ainsi cent écus de moins.

LES TÉMOINS. Bien calculé!

AGOR. Il croira que c'est un autre qu'on cherche.

LES TÉMOINS. C'est cela.]

AGOR. Em istaec volo ergo vos commeminisse omnia,
mox quom ad praetorem usus veniet.
ADV. Meminimus.
AGOR. Quid si recenti re aedis pultem?
ADV. Censeo.
AGOR. Si pultem, non recludet?
ADV. Panem frangito.
AG. Si exierit leno, quid tum? hominem interrogem 730
meus servos ad eum veneritne?
ADV. Quippini?
AG. Cum auri ducentis nummis Philippis?
ADV. Quippini?
AG. Ibi extemplo leno errabit.
ADV. Qua de re?
AG. Rogas?
Quia centum nummis minus dicetur.
ADV. Bene putas.
AG. Alium censebit quaeritari.
ADV. Scilicet.] 735

[1] Jeu de mots sur *pultem*, subjonctif de *pultare*, et *pultem*, accusatif de *pulis* (Ussing, *l. c.*, p. 308. Faut-il rapprocher notre passage de *Rudens*, v. 585-581?)

AGOR. Il s'empressera de nier.
LES TÉMOINS. Et en jurant ses grands dieux!
AGOR. Notre homme se rendra coupable de vol.
LES TÉMOINS. Cela ne fait pas de doute.
AGOR. Pour tout ce qui sera tombé dans ses mains.

Dans ce qui précède, il y a plusieurs endroits qu'on tient généralement pour interpolés. De ce nombre sont, d'après Ussing[1], les vers 722-726; de même aussi le vers 729. Les motifs de suspicion abondent, et les éditeurs qui continuent à attribuer le passage à Plaute doivent reconnaître au moins qu'il est corrompu. Camerarius a dû remettre sur ses pieds le vers 725 (Rem adversus populi *saepe* leges), dans lequel l'adverbe *saepe* s'emploie d'une façon peu satisfaisante. On remplace souvent *saepe* par *esse*[2]. Leo propose la leçon *scita leges*[3]. Langen, allant plus loin qu'Ussing, n'hésite pas à éliminer comme interpolés les vers 723-738[4], et Leo, adoptant une partie de ses conclusions, met entre crochets les vers 732-735 : ces vers contredisent en effet les vers 181 et suivants, 561 et suivants, 761 et suivants. On se rappelle que ces derniers passages expliquent

AG. Extemplo denegabit.
ADV. Iuratus quidem[5].
AG. Homo furti sese adstringet.
ADV. Hau dubium id quidemst.
AG. Quantum quantum ad eum erit delatum.

[1] USSING, *l. c.*, p. 328; LANGEN, *Plautinische Studien*, p. 340 : au vers 724, *eum* devrait désigner le *leno;* le vers 725 est peu intelligible; le calembour inepte du vers 729 semble avoir été plaqué après coup dans le dialogue pour le corser; le parfait *scivimus* est mauvais, etc. SCHUETH note d'ailleurs (p. 27) que les *advocati*, qui s'expriment ordinairement au pluriel *(scivimus, meminimus)*, s'avisent, on ne sait pourquoi, d'employer le singulier *(censeo)* au vers 728.

[2] DEMELIUS, *Plautinische Studien. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, I (1861), p. 368.

[3] Cf. FREDERSHAUSEN, p. 49, qui incline à admettre l'authenticité de ce vers, en le rapprochant de *Curculio*, v. 509 : Rogitationes plurimas propter vos populus scivit.

[4] LANGEN, *l. c.*, p. 340.

[5] Cf., sur le serment accompagnant la dénégation du voleur manifeste, ARISTOPH., *Eq.*, 296-298 :

ΚΛ. Ὀμόσαιμι κλέπτειν τὸν δεσπότην.
ΑΛΛ. Νὴ τὸν Ἑρμῆν τὸν ἀγοραῖον
κἀπιορκῶ γε βλεπόντων.

De même *Eq.*, 424; 1239; *Ranae*, 612-614.

d'une seule et même façon la méprise de l'entremetteur. Le Loup ne connaît pas Collybiscus; il ne connaît d'autre esclave d'Agorastoclès que Milphion. Le subterfuge nouveau que mentionnent les vers 732-735 constitue donc une complication inutile; il n'en est question dans aucun autre endroit de la pièce, et, lorsque Agorastoclès se trouve en face du *leno*, il ne fait aucune allusion aux 200 Philippes[1]. Aussi, sans vouloir entrer dans le détail de la discussion, devons-nous admettre qu'il ne faut accueillir qu'avec réserve les détails juridiques qu'on relève dans tout le passage. Plusieurs de ces détails se rencontrent dans les endroits les plus suspects; il y a de grandes chances pour qu'ils ne se réfèrent pas au droit du VIIe siècle.

Cependant Le Loup sort de sa maison. Agorastoclès l'aborde.

AGORASTOCLÈS. Allons, s'il te plaît, entremetteur. On m'a dit que mon esclave était chez toi.

LYCUS. Chez moi? jamais tu ne constateras pareil fait!

AGOR. Tu mens, car il est venu vers toi, et t'a apporté de l'argent. Des gens me l'ont dit, que j'ai lieu de croire.

LY. Tu fais le malin. Tu viens me relancer avec des témoins. Chez moi il n'y a personne des tiens, ni rien à toi.

A. Notez cela, témoins!

LES TÉMOINS. C'est noté.

Vv. 761 et sqq. III, 5, 16 et sqq.

AGOR. Hoc age sis, leno. Servom esse audivi meum
apud te.
LYCUS. Apud me? numquam factum reperies[2].
AG. Mentire. Nam ad te venit aurumque attulit.
Ita mihi renuntiatumst, quibus credo satis.
LY. Malus es, captatum me advenis cum testibus. 765
Tuorum apud me nemost nec quicquam tui.
AG. Mementote illud, advocati.
ADVOCATI. Meminimus.

[1] FRANCKEN, p. 160; SCHLETH, p. 37.

[2] *Reperies*, qui évoque l'idée de la découverte d'un objet matériel, [illegible] avec son complément *factum*. Le vers 763 ne serait-il pas corrompu, et ne pourrait-on lire : Apud me numquam *furtum* reperies? Cf. pourtant le vers [illegible]

L. Ha! Ha! Je vois ce que c'est ; j'ai saisi tout de suite. Ce sont ces gens qui m'ont présenté tantôt le voyageur spartiate : la cervelle leur démange de ce que je vais réaliser ces trois cents Philippes de bénéfice ! A présent, comme ils savent que cet homme m'en veut, ils l'apostent pour prétendre que son esclave est chez moi avec de l'argent. Le truc est combiné pour m'en dépouiller et partager le gâteau. Ils se flattent d'arracher l'agneau au loup. Ils s'amusent...

A. Oui ou non, as-tu chez toi l'argent et mon esclave?

L. Non et non! Faut-il le répéter jusqu'à extinction de voix?

Les témoins. Tu es pris, entremetteur! Car c'est son fermier, l'homme que nous t'avons présenté comme Spartiate, qui t'a remis tout à l'heure trois cents Philippes. Voilà même encore cet argent dans la bourse que tu tiens.

L. Malheur à vous!

Les témoins. Pour toi ça y est, en plein.

A. Allons, pendard, lâche immédiatement cette bourse! Il y a flagrant délit, tu m'as volé. S'il vous plaît, prêtez-moi main-forte jusqu'à ce que vous me voyiez extraire de là mon esclave.

Ly. Hahahae, iam teneo quid sit, perspexi modo.
Hi qui illum dudum conciliaverunt mihi
peregrinum Spartanum, id nunc his cerebrum uritur, 770
me esse hos trecentos Philippos facturum lucri.
Nunc hunc inimicum quia esse sciverunt mihi,
eum adlegarunt, suom qui servom diceret
cum auro esse apud me; compositast fallacia,
ut eo me privent atque inter se dividant. 775
Lupo agnum eripere postulant. Nugas agunt.
A. Negasne apud te esse aurum, nec servom meum?
L. Nego : et negando, si quid refert, ravio[1].
Adv. Periisti, leno. Nam istest huius vilicus
quem tibi nos esse Spartiatam diximus, 780
qui ad te trecentos Philippeos modo detulit.
Idque in istoc adeo aurum inest marsuppio.
L. Vae vostrae aetati!
Adv. Id quidem < in > mundo est tuae.
A. Age omitte actutum, furcifer, marsuppium :
manifesto fur es mihi. Quaeso, hercle, operam date, 785
dum me videatis servom ab hoc abducere.

[1] Sur ce vers, v. Schulze, p. 52.

L. Par Pollux! me voilà bien perdu, il n'y a pas d'erreur[1]. C'est un coup monté pour me mettre dedans. Mais qu'est-ce que j'attends pour filer et aller me pendre, avant qu'on me traîne chez le préteur en me tordant le cou?

. . . . . .

AG. Allons, toi, avance, que les témoins te voient sortir d'ici! Est-ce bien là, mon esclave?

COLLYB. Pour sûr, parbleu! Agorastoclès.

AG. Qu'as-tu à dire maintenant, canaille d'entremetteur?

LES TÉMOINS. Ton adversaire s'est esquivé.

AG. Puisse-t-il s'être allé pendre!

LES TÉMOINS. Ainsi soit-il, en bonne justice!

AG. Demain j'assignerai mon homme .. Vous vous êtes comportés galamment; vous m'avez donné, témoins, un bon coup de main. Demain matin, s'il vous plaît, soyez au-devant de moi au *comitium*.

5

Le stratagème imaginé par Milphion a donc réussi. On pourrait penser qu'on touche au dénouement. Mais à l'acte suivant, l'intrigue

L. Nunc pol ego perii certo, haud arbitrario.
Consulto hoc factum est, mihi ut insidiae fierent.
Sed quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,
prius quam hinc optorto collo ad praetorem trahor? 790

. . . . . .

AG. Age tu progredere, ut [testes] videant te ire istinc foras.
Estne hic meus servos?

COLL. Sum hercle vero, Agorastocles.

AG. Quid nunc, sceleste leno?

ADV. Quicum litigas
apscessit.

AG. Utinam hinc abierit malam crucem.

ADV. Ita nos velle aequom est.

AG. Cras subscribam homini dicam. 800

. . . . . .

Factum a vobis comiter. 805

Bonam dedistis, advocati, operam mihi.
Cras mane, quaeso, in comitio estote obviam

[1] Signalons ici la singulière interprétation de Bosmans, *op. cit.*, p. 4, qui voit dans les mots *haud arbitrario* une allusion à une action arbitraire.

rebondit. Une nouvelle fourberie juridique en fait les frais : et c'est là, nous le verrons, un des défauts apparents de composition qui ont fait croire à la « contamination », dans le *Pœnulus*, de deux modèles grecs. L'acte IV (vers 817 et sqq.) s'ouvre par un monologue dans lequel Milphion avertit le spectateur qu'en attendant le succès de ses machines, il songe déjà à en dresser de nouvelles. Une occasion ne tarde pas à s'offrir. Un camarade qu'il rencontre à propos lui révèle qu'Anterastilis et Adelphasium sont indûment retenues en esclavage, car elles sont de naissance libre; elles ont été enlevées à une famille de Carthage. Comme cela se trouve! observe Milphion : Agorastoclès est aussi originaire de Carthage; il a été, lui aussi, ravi à ses parents. — Tant mieux! réplique son interlocuteur; il n'en sera que plus qualifié pour revendiquer la liberté de ses « payses » : « Que de sa main il les attire, dit-il, en employant l'expression juridique technique, par un procès de liberté[1]! »

Voilà le point de départ de la seconde intrigue, la seule qui, selon l'opinion courante, aurait figuré dans le Καρχηδόνιος primitif, et dont le ressort est une *vindicatio in libertatem*. Milphion s'émerveille de sa propre ingéniosité : avant même qu'un trait ait atteint l'ennemi, un autre trait déjà le menace[2]!

L'acte V voit apparaître enfin Hannon, l'oncle d'Agorastoclès, le père des deux courtisanes. C'est le *Petit Carthaginois (Pœnulus)* qui donne son nom à la pièce. Il erre depuis longtemps de ville en ville, pour chercher ses enfants. Il arrive à Calydon, où va se terminer son douloureux pèlerinage; il va y retrouver son neveu et ses filles, et, l'on pressent déjà la scène de reconnaissance, l'ἀναγνώρισις, si fréquente dans la comédie nouvelle[3].

Hannon se rend tout droit chez Agorastoclès, dont — nouvelle coïncidence merveilleuse — le père adoptif avait été jadis son hôte. Il le rencontre au moment où Milphion rapporte à son jeune maître les confidences qu'on lui a faites sur l'origine d'Adelphasium. Après

[1] V. 905-906 :

Manu eas adserat,
suas popularis, liberali causa.

Agorastoclès jouera donc le rôle d'*adsertor libertatis* dans la *causa liberalis* à engager.

[2] V. 919 (IV, 2, 108) : Satine, prius quam unumst iniectum telum, iam instat alterum?

[3] Ph. E. Legrand, *Daos*, p. 257.

une série de quiproquos, l'oncle et le neveu se reconnaissent et tombent dans les bras l'un de l'autre. Milphion songe aussitôt à employer le nouveau venu : ce Carthaginois sera un précieux auxiliaire à lancer contre le Loup ; c'est lui qui tirera Antérastilis et Adelphasium de ses mains. « Vous direz, lui explique-t-il, que ce sont vos deux filles qu'on vous a enlevées toutes petites et que vous les revendiquez en qualité de père, pour les rendre à la liberté[1]. » Hannon, dont cette proposition ravive les rancœurs, s'émeut et pleure. Milphion admire l'habile compère qu'il a trouvé. Comme il joue bien la comédie ! Mais tout s'explique. La vieille nourrice des deux jeunes filles reconnaît Hannon. Et les voici elles-mêmes qui reviennent du temple de Vénus. Leur père et leur cousin les abordent, et engagent l'entretien par une feinte, pour les éprouver. Tout le début de la scène — un peu long au point de vue dramatique — est fait d'équivoques ; Agorastoclès joue avec une particulière insistance sur les mots — et probablement aussi sur les gestes — du rituel juridique.

HANNON. Je vous cite devant le préteur.

AGORASTOCLÈS. A la bonne heure, mon oncle ! Tiens ferme. Veux-tu que je l'empoigne ?

. . . . . .

HA. Venez devant le préteur, sans lanterner ! Sers-moi de témoin et de guide.

AG. Je te servirai de témoin. Quant à elle, ensuite, je la caresserai, je l'embrasserai...

(Vv 1225 et sqq. V, 4, 55 et sqq.).

HANNO. In ius vos voco[2]. 1225

AGORASTOCLES. Nunc patrue, tu frugi bonae es. Tene. Vin ego hanc adprendam ?

. . . . . .

HA. Ite in ius, ne moramini. Antestare me atque duce.

AG. Ego te antestabor[3], postea hanc amabo atque amplexabor... 1230

[1] V. 1100-1103 (V, 2, 140-143) :

Filias dicas tuas
surruptasque esse parvolas Carthagine,
manu liberali causa ambas adseras,
quasi filiae tuae sint.

[2] Cf. SICKER, *Novae quaestiones Plautinae*, *Philologus*, Supplementband XI (1908), pp. 244 et sqq. (à propos de la leçon « In ius vos voco »).

[3] Il doit y avoir là — comme le prouve la suite du vers — un calembour obscène, fondé sur le double sens du mot *testis*.

HA. Vous lanternez. Je vous cite devant le préteur ; trouvez-vous plus honnête que je vous y traîne ?

ADELPH. Pourquoi nous citer devant le préteur? Qu'est-ce que nous te devons?

. . . . . .

HA. Allez, s'il vous plaît.

AD. Que t'avons-nous fait ?

HA. Vous êtes deux voleuses.

AD. Nous t'avons volé, nous ?

HA. Oui, vous, dis-je !

AG. Et moi je l'atteste.

AD. De quel vol s'agit-il?

AG. Interroge-le.

HA. C'est que pendant bien des années vous m'avez celé mes filles, et des filles libres de naissance, issues d'une haute lignée !

AD. Jamais, par Castor ! tu ne constateras chez nous pareil opprobre.

AG. Gageons que tu te parjures : un baiser à qui gagnera !

AD. Je ne plaide pas avec toi. Bas les pattes, s'il te plaît !

HA. Moramini. In ius vos voco, nisi honestiust prehendi[1].
AD. Quid in ius vocas nos? Quid tibi debemus?
. . . . . .
HA. Ite, si itis.
AD. Quid nos fecimus tibi?
HA. Fures estis ambae.
AD. Nosne tibi?
HA. Vos, inquam.
AG. Atque ego scio.
AD. Quid id furtist?
AG. Hunc rogato.
HA. Quia annos multos filias meas celavistis clam me,
atque equidem ingenuas liberas summoque genere gnatas. 1240
AD. Numquam mecastor reperies tu istuc probrum penes nos.
AG. Da pignus, ni nunc perieres, in savium, uter utri det.
AD. Nil tecum ago, apscede obsecro.

[1] Sur ce vers, et, en général, sur les remaniements subis par toute cette scène, voy. SCHUETH, *l. c.*, p. 37.

AG. Hé, morbleu! il faut bien que tu plaides avec moi! Car l'homme que voici est mon oncle, pour qui je dois occuper[1]. Je dénoncerai votre conduite : vous commettez vol sur vol, et vous retenez chez vous en esclavage ses filles, qui étaient libres, vous le savez, quand on les a arrachées à leur pays.

AD. Où sont-elles? qui sont-elles? de grâce...

Ce long badinage cesse enfin. Nous ne l'avons rapporté que parce qu'il nous fournit un exemple d'*in ius vocatio* dans la procédure de répression du vol. Le début du passage trouve même son commentaire dans les préceptes des XII Tables sur l'*in ius vocatio;* la comparaison du texte légal et du texte de Plaute fait ressortir leur parallélisme :

XII TABLES[2].	PLAUTE.
Si in ius vocat, ito.	In ius vos voco... Ite in ius.
Ni it, antestamino :	Antestare me.. Ego te antestabor...
igitur em capito.	Vin ego hanc adprendam? ..
	In ius vos voco, nisi honestius est prehendi?
Si calvitur pedemve struit,	Moramini... Ne moramini..
manum endo iacito.	

Après l'ἀναγνώρισις, qui dénoue le quiproquo, survient encore un incident. On voit apparaître un soudard fanfaron, du nom d'Antamonides, qui, ayant donné une mine d'argent au Loup pour souper chez lui avec des filles, et ne le voyant pas reparaître, se croit escroqué. Il cherche d'abord querelle à Hannon et à Agorastoclès ; puis il se réconcilie avec eux sur le dos de l'entremetteur. A ce moment, en effet, Le Loup revient, la tête basse, à son gîte. De sombres pensées l'accablent.

AG. Atque hercle mecum agendum est.
Nam hic patruos meus est, pro hoc mihi patronus sim necesse est ;
et praedicabo quo modo [vos] furta faciatis multa 1215
quoque modo huius filias apud vos habeatis servas,
quas vos ex patria liberas surruptas esse scitis.
AD. Ubi sunt eae? aut quas, opsecro?

[1] Remarquons la mention du patron (πάτρων, *patronus*) dont l'assistance est requise pour qu'un étranger puisse ester en justice. Cf. Thesmophoriazuses, pp. 42-43.
[2] XII TABULAE, I, 1-2. *Supra*, pp. 77-78.

LYCUS. Tous mes amis sont unanimes : il ne me reste qu'à me pendre, pour ne pas être adjugé à Agorastoclès.

AGORASTOCLÈS. Entremetteur, allons devant le préteur.

LY. Je t'en conjure, Agorastoclès, laisse-moi me pendre.

HANNON. Je te cite devant le préteur...

LY. Qu'y a-t-il entre toi et moi ?

HA. ... parce que j'affirme que voilà mes deux filles, nées et demeurées libres. Elles m'ont été enlevées toutes petites, avec leur nourrice.

LY. Depuis longtemps je le savais et je m'étonnais que personne ne vînt pour les revendiquer. [Je l'avoue, elles ne sont pas à moi.

ANTAMONIDES. Entremetteur, viens devant le préteur !

LY. C'est du repas que tu parles ? Chose promise, chose due.]

AG. Il me faut le double de ce que tu m'as volé.

LY. *(montrant son cou)*. Paie-toi là-dessus à ton gré.

HA. Et à moi moult supplices !

LY. Paie-toi là-dessus à ton gré !

ANT. [Et à moi une mine d'argent.

Vers 1340 et sqq. (V, 6, 3 et sqq.).

LYCUS. ... Omnibus amicis meis idem unum convenit, 1340
ut me suspendam, ne addicar Agorastocli.
AGOR. Leno, eamus in ius.
LY. Opsecro te, Agorastocles,
suspendere ut me liceat.
HA. In ius te voco.
LY. Quid tibi mecum autem ?
HA. Quia hasce aio liberas
ingenuasque esse filias ambas meas; 1345
eae sunt surruptae cum nutrice parvolae.
LY. Iam pridem equidem istuc scivi, et miratus fui,
neminem venire qui istas adsereret manu.
[Meae quidem profecto non sunt.
ANT. Leno, in ius eas.
LY. De prandio tu dicis. Debetur, dabo.] 1350
AG. Duplum pro furto mi opus est.
LY. Sume hinc quid lubet.
HA. Et mihi suppliciis multis.
LY. Sume hinc quid lubet.
ANT. [Et mihi quidem mina argenti.

LY. Paie-toi là-dessus à ton gré ! C'est avec mon cou que j'acquitterai toutes mes dettes, comme un portefaix.

AG. As-tu quelque chose à répliquer ?

LY. Pas un mot.

. . . . . .

Je suis perdu, parbleu !

AG. Ou plutôt tu vas l'être dès que tu arriveras devant le préteur.

LY. Et même je m'adjuge volontairement à toi. Qu'est-il besoin du préteur ? Mais, je t'en supplie, permets-moi de ne te payer que le simple, trois cents Philippes ; je ferai la somme, je crois, en raclant tout. Demain je mets mon bien aux enchères.

AG. A condition que tu restes entre temps chez moi dans une cage de bois.

LY. Soit.

Ainsi finit la pièce. Ce dénouement a éveillé, à juste titre, la suspicion des éditeurs. Il n'en est à peu près aucun aujourd'hui qui admette son authenticité intégrale. Les opinions ne varient guère que sur l'étendue des remaniements qu'il a subis. Ussing croit, pour des raisons de métrique[1], que le texte original finit au vers 1352, et Leo[2], qu'il finit au vers 1355 (les vers 1328-1330, 1349-1350, et 1353 étant d'ailleurs également interpolés). Aux arguments généraux qu'ils donnent, on pourrait ajouter des arguments juri-

LY. Sume hinc quid lubet.
Collo rem solvam iam omnibus, quasi baiolus.
AG. [Numquid recusas contra me ?
LY. Haud verbum quidem. 1355
. . . . . .
Perii hercle !
AD. Immo haud multo post, si in ius veneris. 1360
LY. Quin egomet tibi me addico. Quid praetore opust ?
Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere,
trecentos Philippos ; credo conradi potest :
cras auctionem faciam.
AG. Tantisper quidem
ut sis apud me lignea in custodia. 1365
LY. Fiat.

[1] Ussing, pp. 359-360.
[2] Leo, *Plautinische Forschungen*², p. 175, n. 3.

diques. Comment ne pas être frappé, en effet, du manque d'accent de tout le passage, et des nombreuses imprécisions qui le déparent? Lycus semble redouter une *addictio* immédiate : or, puisqu'il s'est enfui, il n'est plus *fur manifestus*, et n'a à craindre, pour le moment, qu'une action *furti nec manifesti;* la transaction qu'il propose ne porte que sur la valeur de l'argent volé *(simplum solvere, trecentos Philippos)* et ne mentionne point la valeur de l'esclave, pourtant volé également; Hannon le menace de *supplicia multa* dont on ne voit point l'application ici, etc. De toute évidence, si ce dénouement n'est pas entièrement apocryphe (on y discerne certains traits qui pourraient appartenir à Plaute), il a subi des retouches profondes, et l'on ne doit l'employer que comme une source d'information peu sûre[1].

Les remaniements infligés méthodiquement à la scène finale du *Pœnulus* procèdent, sans doute, d'un besoin de rajeunissement de cette scène, à une époque où elle ne satisfaisait plus les goûts du public ou ne s'harmonisait plus avec ses mœurs. Quelque adaptateur inconnu l'avait accommodée à la mode de son temps. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est que nous possédons non pas un seul, mais *deux* dénouements du *Pœnulus*[2]. Le deuxième dénouement, un peu plus long, mais aussi incolore, et encore plus imprécis au point de vue juridique, figure dans les manuscrits de Plaute à la suite du premier. Comme lui, il utilise quelques vers du texte primitif, qu'il noie dans des élucubrations où se révèle plus d'un anachronisme. Nous devons pourtant, pour ne rien omettre, en faire connaître la contexture juridique.

Le second dénouement se substitue au premier au moment où réapparaît l'entremetteur. « Quel est cet homme ? » demande Hannon.

Vv. 1382 et sqq. (V, 7, 11 et sqq.).

HANNO. Quis hic est?

[1] Aucun juriste n'a paru soupçonner, ce semble, le caractère apocryphe du premier dénouement du *Pœnulus :* MM. DEMELIUS, BEKKER, PERNARD, etc., l'utilisent avec une égale confiance. Mais, — sans doute pour faire compensation, — ils ne tiennent aucun compte du second.

[2] Sur le double dénouement du *Pœnulus*, voy. surtout TH. HASPER, *De Pœnuli duplici exitu. Jahrbücher für classiche Philologie* de FLECKEISEN, Supplement V (1864-1872), pp. 279-305; LANGEN *Plautinische Studien*, pp. 343-357, et LEO, *l. c.*

AGORASTOCLÈS. Au choix : un entremetteur ou un Loup. C'est lui qui a retenu tes filles en servitude, et qui m'a volé mon argent.

HANNON. Jolie connaissance que tu as là !

ANTAMONIDES. Entremetteur, je t'ai toujours cru capable de prendre par force le bien d'autrui : je vois, à te mieux connaître, que tu es aussi capable de le filouter.

Mais Le Loup se jette aux pieds de ses adversaires et implore leur pitié. Il n'essaie pas de disputer à Hannon ses filles et il promet satisfaction à Agorastoclès.

LY. Ton or, je te le rendrai ; il est chez moi ; et je préterai serment que je n'ai pas agi de mauvaise foi, Agorastoclès.

A son tour, Antamonides[1] menace l'entremetteur.

ANTA. Ah çà, entremetteur...

LY. Que veux-tu à cet entremetteur ? il a affaire.

AN. Que tu me rendes la mine d'argent que je t'ai donnée, avant qu'on t'emmène en prison.

LY. Les dieux me gardent de cette extrémité !

AGOR. Utrumvis est, vel leno vel Lycus.
In servitute hic filias habuit tuas
et mi auri fur est.

HA. Bellum hominem, quem noveris.

ANTAM. Leno, rapacem te esse semper credidi, 1385
verum etiam furacem qui norunt magis.

(Vv. 1394 et sqq. (V, 7, 22 et sqq.).)

LY. Tum autem aurum tuom
reddam, quod apud me est, et iusiurandum dabo,
me malitiose nil fecisse, Agorastocles. 1395

(Vv. 1398 et sqq. (V, 7, 26 et sqq.).)

AN. Heus tu, leno.

LY. Quid lenonem vis inter negotium ?

AN. Ut minam mi argenti reddas, prius quam in nervom abducere.

LYC. Di meliora faxint.

[1] Il convient en effet d'adopter ici la conjecture heureuse de SEYFFERT, qui met dans la bouche d'Antamonides un certain nombre de répliques que les éditeurs anciens attribuaient à Agorastocles, à qui elles convenaient mal. Cette conjecture est généralement admise aujourd'hui. LEO l'étend même à la réplique des vers 1385-1386, avec moins de vraisemblance.

AN. C'est un fait : aujourd'hui tu dîneras dehors[1]. L'or, l'argent, ton cou : voilà trois dettes à régler à la fois, entremetteur !

HAN. Que convient-il de faire en cette occurrence ? Je réfléchis en moi-même. Si je veux me venger, je devrai suivre une instance dans une ville étrangère, avec ce que j'ai ouï dire du caractère et des usages du lieu... Allons, s'il te plaît, entremetteur ! Je sais bien que tu as mérité de périr. Néanmoins, je ne plaiderai pas contre toi.

AGOR. Moi non plus. Si tu me rends mon or, entremetteur, quand tu seras sorti des fers... qu'on t'enferme dans un cachot[2]...

ANTAM. Entremetteur, procure-moi une amie, ou rends-moi mon argent.

LY. Je t'en donnerai une qui te plaira.

AN. Veilles-y !

ANT. Sic est : hodie cenabis foris. 1400
Aurum argentum collum, leno, tris res nunc debes simul.
HAN. Quid me [illegible] in [illegible] hac re facere deceat, egomet mecum cogito.
Si volo hunc ulcisci, litis sequar in alieno oppido,
quantum audivi ingenium et mores eius quo pacto sient.
. . . . . .
Hoc age sis, leno. Quamquam ego te meruisse ut pereas scio,
non experiar tecum.
AGOR. Neque ego; si aurum mihi reddes meum,
leno, quando ex nervo emissu's — compingare in carcerem.
. . . . . .
ANT. Leno, tu autem amicam mihi des facito aut [auri] mihi reddas minam.
. . . . . .
LY. Dabo quae placeat.
ANT. Cura.

[1] Ce vers aurait un certain intérêt juridique s'il signifiait, comme le veut p. ex. USSING, *l. c.*, p. 362 : « domi non cenabis, vinctus eris ». Il rappellerait les prescriptions de la loi des XII Tables sur la nourriture de l'*addictus* (Si volet, suo vivito Ni suo vivit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato). Mais peut-être les mots *hodie cenabis foris* signifient-ils seulement que le *leno* sera exclu du festin qui terminera la pièce. Cf. SUESS, *Zwei Bemerkungen zur Technik der Komödie. Rhein. Museum*, LXV (1910), p. 455.

[2] Les vers 1408-1409 sont certainement très corrompus. Cf. *Rudens*, v. 715 (III, 4, 6). Il faut, pour leur trouver une interprétation acceptable, les remanier. Voy. la conjecture de LEO sur ce passage (II, p. 242). Cf. USSING, *l. c.*, p. 362 ; LANGEN, *l. c.*, pp. 353-354.

LY. *(à Agorastoclès).* Demain je te rapporterai ton argent.
AGOR. Fais en sorte de ne pas oublier.

C'est un problème très délicat, et peut-être sur bien des points insoluble, que de rechercher, dans les deux dénouements du *Pœnulus*, ce qui appartient à Plaute et ce qui appartient à ses continuateurs. Les philologues qui l'ont tenté[1] n'ont point abouti, du moins en ce qui concerne les allusions juridiques, à des résultats assez sûrs pour que nous puissions les considérer comme acquis.

6

Au point de vue de l'histoire juridique, l'intrigue que nous venons d'exposer offre à l'interprète de véritables énigmes : tant elle se raccorde malaisément avec les données que nous possédons par ailleurs sur le système de répression du *furtum*.

La première de toutes les questions à résoudre est celle de savoir quelle est, pour les spectateurs romains, la voie de droit qu'Agorastoclès emploie contre l'entremetteur. Question délicate et mal éclaircie jusqu'ici.

A première vue, on pourrait penser à une action fondée sur la loi

LY. Aurum cras ad te referam tuom.
AGOR. Facito in memoria habeas.

[1] La partie la plus solide de leur argumentation est celle qui se tire de la forme (métrique ou terminologie) : ainsi l'emploi des sénaires révèle une rédaction postérieure à TRIMERCE ; l'expression « *lites sequi* », fréquente chez TRIMERCE (Voy. *Andr.*, v. 811 ; *Adelph.*, v. 248, *Phorm.*, v. 408) ne se rencontre pas chez PLAUTE (Cf. LANGEN, *Beiträge zur Kritik und Erklärung des Plautus*, Leipzig, 1880, p. 218, etc.). Mais les arguments tirés du fond sont souvent beaucoup moins convaincants. C'est ainsi que LANGEN, pour éluder les vers 1362 à 1364 (LYCUS : Obsecro te, si liceat simplum solvere, trecentos Philippos; credo conradi potest : cras auctionem faciam), raisonne de la façon suivante (*Plautin. Studien*, p. 56) : « La proposition de Lycus n'a pas de sens, s'il n'a à payer que le simple, il lui suffit de rendre les trois cents Philippes reçus de Collybiscus ; on ne conçoit pas qu'il ait besoin, pour cela, de racler ses tiroirs et de mettre ses biens en vente. » LANGEN confond visiblement l'action rei persécutoire et l'action pénale, et la restitution de la chose volée avec le paiement de la *poena*. La réalité, la restitution a déjà eu lieu (Cf. le vers 784 : « Age omitte actutum, furcifer, marsuppium », que LANGEN semble perdre de vue), et cela n'empêche point le *leno* de devoir, en outre, une peine. M. JACOBMANN, *Die Composition des plautinischen Pœnulus* (NAPITEK, *Friedrich Leo zum sechzigsten Geburtstag dargebracht*, Berlin, 1911) commet la même confusion entre la restitution de la chose et la *poena* (p. 270).

Fabia de plagiariis, et sanctionnant un cas de *plagium*. Le *plagium* comprend, nous le savons, entre autres infractions, le fait d'avoir fait disparaître, caché, vendu ou acheté l'esclave d'autrui malgré son maître et à son insu : « Qui servum alienum servamve invito vel insciente domino dominave suppresserit celaverit vinxerit vinctumve habuerit vendiderit emerit[1]... » L'acte du *leno* rentre suffisamment dans les prévisions de ce texte. Il a caché l'esclave d'Agorastoclès[2]. Il est vrai que c'est avec le consentement d'Agorastoclès, mais le *leno* l'ignore et n'a pas les moyens de le prouver. Remarquons aussi qu'Agorastoclès, après avoir rappelé aux témoins que le *leno* a accueilli chez lui son esclave, ajoute : « Rem advorsus populi saepe leges[3]. » Si l'on se demande à quelles lois il peut songer, on pense naturellement à la loi Fabia, la seule que nous connaissions sur la matière.

Néanmoins, l'hypothèse d'une action de la loi Fabia doit être écartée. Les mots « Rem advorsus populi saepe leges » sont probablement interpolés et certainement corrompus[4] ; il faut renoncer à identifier les lois auxquelles ils s'appliquent. Le *plagium*, compréhensible en ce qui concerne l'esclave, ne l'est point en ce qui concerne les trois cents Philippes. D'ailleurs, le *plagium* suppose un défendeur de mauvaise foi : « si sciens dolo malo hoc fecerit[5] ». Or Le Loup, impuissant sans doute à prouver qu'il a reçu l'esclave *sciente et volente domino*, n'aurait aucune peine à démontrer qu'il est de bonne foi et que Collybiscus lui a été donné pour un homme libre. Enfin le *plagium* est un délit public, puni d'une amende tombant dans l'*aerarium*, tandis que l'infraction visée par le *Pœnulus* est un délit privé, dont la condamnation profite au seul demandeur. Les textes ne laissent subsister aucun doute sur ce point[6].

Ces mêmes textes, en désignant souvent l'infraction commise par le *leno* du nom de *furtum*, et le *leno* lui-même du nom de *fur*[7], nous indiquent, par contre, que la voie de droit qu'emploie Agorastoclès est une action *furti*.

[1] *Supra*, pp. 108 et sqq.
[2] Vers 180 : celabit hominem et aurum.
[3] Vers 725.
[4] *Supra*, p. 162.
Supra, p. 109.
[6] Demelius, *loc. cit.* pp. 368-369.
[7] Vers 184 ; 564 ; 709 ; 737 ; 785 ; 1351.

Mais quelle action *furti*? Ici, la difficulté devient très sérieuse.

Plusieurs données du problème étant contradictoires, en apparence ou en réalité, il faut nécessairement déterminer celles auxquelles on s'attachera de préférence, et qui fourniront en quelque sorte son point de départ à l'investigation. Ce sera, pour nous, celles que l'on rencontre dans les deux scènes centrales de la pièce, c'est-à-dire les scènes où Agorastoclès tend son piège au *leno*, et où celui-ci y tombe (Acte III, scènes 5 et 6, vers 746 à 800). Il existe, pour justifier l'adoption de cette règle, deux séries de raisons, qui nous semblent également décisives.

1° La partie du *Pœnulus* dont il s'agit a beaucoup plus de chances d'être authentique que les autres. Dans la scène I du premier acte, l'une des allusions juridiques qui auraient pu nous fournir une indication essentielle (Vv. 183-184 : *quin... dupli tibi auri et hominis fur leno siet)* porte des traces de corruption. Dans la scène I de l'acte III (entre Agorastoclès et les témoins) le vers 564 (*Id duplicabit omne furtum*) n'est pas moins équivoque; toute la scène paraît d'ailleurs fortement retouchée; les juges compétents en retranchent au moins les vers 543-546 et 567-575. De la conversation qu'Agorastoclès tient avec les témoins après que Collybiscus est entré dans la maison du *leno* (Acte III, sc. 4), ils corrigent ou éliminent aussi plusieurs vers, parmi ceux qui expriment ou qui encadrent des allusions juridiques (Vv. 725; 729-730; 732-735). Et nous savons enfin avec quelle prudence il faut accueillir les informations contenues dans les deux dénouements. En face de ces passages où se trahit visiblement la main des continuateurs de Plaute, la scène 5 de l'acte III et le début de la scène 6 forment un bloc que la critique n'a point entamé. Aucune trace d'interpolation ou de rajeunissement n'y apparaît. La fermeté et la propriété du style, la logique du développement, semblent même exclure toute hypothèse de remaniement. Nous pouvons croire que nous tenons là un morceau authentique du texte primitif de Plaute.

2° Il y a aussi une raison de psychologie dramatique qui nous pousse à fonder sur ces scènes notre raisonnement. Elles constituent le point culminant, — la crise, — de l'intrigue. Dans ces scènes, sous les yeux des spectateurs, la machine montée par Milphion se trouve mise à l'épreuve; et, parce qu'elle réussit à souhait, Le Loup devient un voleur. Il faut bien que les spectateurs admettent que Le Loup commet

réellement un délit qualifié *vol;* il faut même que la qualification du délit leur apparaisse très claire, très certaine, évidente, sans quoi l'intrigue perdrait pour eux tout sens et tout sel. Nécessairement nous avons là un fond d'institutions romaines. L'impossibilité d'un désaccord entre la conscience juridique du milieu et les données de ces scènes capitales se révélerait aisément à qui voudrait essayer de les représenter telles quelles devant un auditoire de nos jours. De fait, au rebours de tant de comédies de Plaute qui ont été remises à la scène par des adaptateurs modernes[1], le *Pœnulus* reste chez nous, et restera sans doute, une comédie qu'on ne représente point[2]; il y aurait bien des chances pour qu'un public contemporain ne comprît pas comment on peut punir comme voleur un homme si certainement de bonne foi, victime d'une supercherie si facile à dévoiler.

Si nous nous trouvons ainsi amenés à attribuer une autorité prépondérante aux données que fournissent les scènes où Le Loup tombe dans le panneau, nous n'avons par contre aucune raison pour accorder une importance équivalente à telles ou telles allusions juridiques lancées en passant dans le dialogue : rien ne les désigne spécialement à l'attention des auditeurs; elles peuvent échapper au public sans que sa compréhension de l'intrigue en souffre.

Appliquons le principe que nous venons de poser et de justifier. Quelle sorte de vol commet le *leno* dans la scene 5 de l'acte III? Et, par suite, quelle sorte d'action *furti* appartient à Agorastoclès?

Répondons sans hésiter : un vol flagrant, et une action *furti manifesti.*

Voici les raisons qui nous paraissent imposer cette réponse :

1° Dans la scène 5 de l'acte III, le *leno* se trouve vraiment pris en flagrant délit. Non seulement Agorastoclès l'a vu recevoir l'argent apporté par Collybiscus (et les témoins l'ont appelé pour cela, aux vers 707 et suivants), mais encore il l'a saisi portant la

[1] Sur les imitateurs modernes de Plaute, parmi lesquels il faut ranger des poètes comme Machiavel, Shakespeare, Molière, Regnard, Lessing, Holberg, H. v. Kleist, voy. K. v. Reinhardstoettner, *Plautus: spätere Bearbeitungen plautinischer Lustspiele*, Leipzig, 1886.

[2] Reinhardstoettner, *op. cit.*, p. 718 : il n'y a jamais eu d'imitation du *Pœnulus*. Tout au plus peut-on soupçonner que l'Arioste s'en est inspiré dans sa *Cassaria*, jouée en 1508 (Cf. Reinhardstoettner, p. 482). On ne cite pas d'autre représentation moderne du *Pœnulus* que celle qui a eu lieu à Ferrare en février 1499.

bourse où se trouvent les trois cents Philippes, et il la lui a arrachée des mains :

Age, omitte actutum, furcifer, marsuppium[1]...

C'est là l'acte de *deprehensio* qui est requis par la jurisprudence, nous le verrons plus loin, pour qu'il y ait flagrance. Aussi Agorastoclès ajoute-t-il immédiatement :

Manifesto fur es mihi.

Les termes sont d'une précision technique. On comprend difficilement qu'on ait pu les interpréter autrement[2]. On dit, il est vrai[3], que le *leno* n'est pas *fur manifestus*, mais qu'Agorastoclès prétend l'intimider en le menaçant. Mais il faut, pour admettre une pareille interprétation, prêter à l'entremetteur un tempérament bien impressionnable, ou à Agorastoclès bien des illusions. Il faut aussi méconnaître le caractère de la *deprehensio* qui accompagne l'inculpation : le geste est aussi caractéristique de la flagrance que le mot[4]. D'ailleurs l'idée d'un flagrant délit était déjà annoncée par le vers 728[5].

2° Mais, dira-t-on peut-être, s'il y a *deprehensio* et vol flagrant en ce qui concerne l'argent, on ne saurait conclure de même pour l'esclave. Celui-ci n'est point appréhendé entre les mains de l'entremetteur : à telles enseignes que, lorsque Agorastoclès reprend son esclave, l'entremetteur a gagné au large.

[1] Vers 784.

[2] En notre sens, Essing, pp. 330, 784. *Contra* Vesterdorp, *Specimen juridicum inaugurale continens quaestiones Plautinas*, Amstelodami, 1842, II, p. 42. Demelius, I, pp. 361-362; Pernard, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Terence*, Lyon, 1900, p. 178; Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino, 1890, p. 407. Hitzig, *Beitrage zur Lehre vom Furtum* (*Zeits. hr. der Savigny Stiftung*, R. A., XXIII, 1902), p. 328 (avec la réserve « s'il s'agit de droit romain »).

[3] Demelius, p. 362; Goyet, *La manus iniectio* (thèse), Lyon, 1906, p. 21. Jörmann, *l. c.*, p. 268.

[4] De nombreux passages de Plaute établissent le lien qui existe entre le geste d'*apprehensio* = *tenere*, *excipere*, *prehendere*, *opprimere* et l'inculpation de flagrance. Cf. Demelius, p. 362. Citons ceux de ces passages qui visent la flagrance en matière de vol. *Asinaria*, vv. 563 et 569 (III, 2, 17 et 23) : In furto ubi sis *prehensus*... Ubi *prensus* in furto sies manifesto et verberatus. *Pseudolus*, v. 747 (II, 4, 57). Quid, cum manifesto *tenetur*? — Auguillast, elabitur. *Pseudolus*, v. 1166 (IV, 7, 61) : Manufesto hunc hominem *teneo*, qui argentum attulit. *Amphitruo*, fragm. 15, éd. Leo (I, p. 44) et fragm. 9 dans la plupart des autres éditions : Manifestum hunc optorto collo *teneo* furem flagri. *Menaechmi*, v. 462 (IV, 2, 4) : Manufesto iam *obprimes*.

[5] Quid si recenti re aedis pultem?

En effet, répondrons-nous, il n'y a pas *deprehensio* de l'esclave volé ès mains du voleur. Mais il y a quelque chose de plus, il y a découverte de l'esclave volé, après perquisition, dans la maison du voleur. On méconnaît cette visite domiciliaire. Elle est pourtant annoncée dans les termes techniques mêmes qu'emploient les juristes à propos de la *quaestio lance licioque* des Douze Tables[1] :

Vers 182 : Ille me censebit *quaeri*...
561 : Ubi is detulerit, tu eo *quaesitum* servom advenies tuom...
563 : Milphionem *quaeri* censebit tuom...
735 : Alium censebit *quaeritari*...

Le voleur ne manque pas de mettre au défi le volé de *trouver (reperire)* le corps du délit :

762 : Apud me numquam factum (furtum?) *reperies*[2]...

Si nous ne nous abusons, la terminologie employée par Plaute est empruntée à dessein au vocabulaire de la chasse :

Vers 186 : Ita decipiemus fovea lenonem Lycum.
549 : ei paratae ut sint insidiae...
709 : Heus tu, qui furem captas...
765 : Captatum me advenis cum testibus...
788 : ... mihi ut insidiae fierent...

Le nom du *leno* (Le Loup) a été choisi précisément pour permettre des plaisanteries faciles en ce sens. Or ceci concorde parfaitement avec l'idée d'une perquisition : dans la plupart des civilisations primitives, la visite domiciliaire a été précédée d'une poursuite du voleur à la piste, avec le concours de chasseurs, — chercheurs de traces ou rabatteurs[3]; on a forcé le voleur comme un gibier. Si cette pièce de la procédure archaïque d'instruction et de répression a

[1] Paul., *Sent.*, II, 31. 3 : Concepti actione is tenetur apud quem furtum *quaesitum* et inventum est. Festus, éd. Th., p. 83; éd. M., p. 117 : qui furtum ibat *quaerere*. Festus reproduisait-il par hasard une glose du *Pœnulus*?

[2] *Supra*, p. 163, n. 2. Cf. V. 1241 : Numquam mecastor *reperies* tu istuc probrum penes nos.

[3] Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1895, II, pp. 583-586; Glotz, *Solidarité*, pp. 201 et sqq.; Huvelin, *Magie et droit individuel*, *Année sociologique*, X (1907), pp. 16-18. Voy. tout particulièrement maintenant le drame satirique de Sophocle, *Les Limiers* (Ἰχνευταί), publié dans le t. IX des *Papyri* d'Oxyrhynchos (*The Oxyrhynchus Papyri*, part IX, *edited with translations and notes by* Arthur S. Hunt, London, 1912). Cf. F. Allègre, *Les Limiers, drame satyrique de Sophocle* (*Revue des études anciennes*, XV, 1913, pp. 237-263), notamment p. 254, 1. Pour le droit romain, voy. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 778; et surtout *Infra*, c. VII.

disparu dans le droit romain des temps historiques, elle a néanmoins laissé des souvenirs dans les mots. Nous en retrouvons non seulement dans les allusions cynégétiques du *Pœnulus*, mais aussi dans quelques vers particulièrement significatifs des *Ménechmes*. Il s'agit du passage où la femme d'un des Ménechmes se plaint des vols que commet son mari à ses dépens : « Souffrirai-je, s'écrie-t-elle, de demeurer dans une union où mon mari met secrètement au pillage toute la maison pour faire des cadeaux à sa maîtresse ? » A quoi le parasite Peniculus répond, pour la rassurer : « Trêve de paroles ! *Tu vas le prendre*, je te le promets, *en flagrant délit ! Suis-le seulement :*

Manufesto faxo iam obprimes ! Sequere hac modo... »

Et il lui donne pour cela les indications nécessaires : « Ivre et couronné de fleurs, il portait au brodeur la mante qu'il t'a dérobée aujourd'hui... Tiens ! voilà par où il est sorti, *si tu veux le suivre à la trace :*

Hem, hac abiit, si vis persequi vestigiis[1]. »

Ces allusions répétées ne laissent guère place au doute. La très ancienne civilisation romaine a connu, pour la poursuite du vol, quelque chose d'analogue à la *vestigii minatio* de la loi salique[2]. Ce nous est un indice de plus pour conclure, dans le *Pœnulus*, à une *quaestio* entraînant la flagrance.

De cette *quaestio* un certain nombre de traits demeurent reconnaissables : ainsi les rabatteurs *(testes, advocati)* réunis par Agorastoclès gardent la porte du *leno :*

Vers 785-786 : Quaeso, hercle, operam date
dum me videatis servom ab hoc abducere.

[1] *Menaechm.*, vers 559-566 (IV, 1, 1 et sqq.) :

MATRONA. Egone hic me patiar frustra in matrimonio,
ubi vir compilet clanculum quidquid domist
atque ea ad amicam deferat ?

PENICULUS. Quin tu taces ?
Manufesto faxo iam opprimes : sequere hac modo.
Pallam ad phrygionem cum corona cbrius
ferebat, hodie tibi quam surrupuit domo...
. . . . . .
Em hac abiit, si vis persequi vestigiis.

Nous trouverons chez Cicéron (*Infra*, c. XI § 15), une allusion du même genre.

[2] Sur la *vestigii minatio*, voy. *Lex Salica*, c. 57, *L. Ribuar.*, c. 17, *L. Burgund.*, c. 16; *Ed. Roth.*, c. 208, etc.

Vers 795 :

Age tu progredere, ut [testes] videant te ire istinc foras.

Nous rencontrons un terme de comparaison intéressant pour cette *quaestio* du *Pœnulus* dans une anecdote plaisante rapportée par Macrobe[1] à propos des origines du surnom *La Truie (= Scropha)* que portaient de père en fils les membres d'une famille de la *gens* Tremellia. Cette anecdote, que nous analyserons plus loin[2], se situe à peu près au temps de Plaute. Nous y trouvons le récit d'une perquisition pour vol qui s'accomplit dans des conditions identiques à celles que décrit le *Pœnulus*. De part et d'autre le volé s'entoure d'*advocati;* de part et d'autre, il somme le voleur de lui restituer sa chose ; de part et d'autre, le voleur répond par une dénégation ; de part et d'autre une perquisition succède à cette dénégation. Mais, dans le cas de Tremellius, celui-ci, averti d'avance, et fort d'une ruse grâce à laquelle il se tirera d'affaire, va au devant de la perquisition *(quaestionem vicino permittit)* ; dans le cas du *leno*, celui-ci, déconcerté sans doute par la saisie des trois cents Philippes, et la révélation inopinée de la situation désespérée où il se trouve, n'a pas le temps ni les moyens de combiner un plan de défense[3]. Enfin, de part et d'autre, la perquisition semble s'opérer sans costume ni matériel spéciaux. Macrobe et Plaute ne font aucune mention de *lanx* ni de *licium*. Il est très probable qu'au VIe siècle la perquisition pour vol s'astreignait à des formes moins rigoureuses que dans les siècles antérieurs. Cela n'empêchait point le vol ainsi découvert d'être manifeste : nous avons établi, contrairement à l'opinion dominante, que l'effet de la *quaestio* était unique avant l'édit du préteur[4].

Il nous reste à écarter quelques objections qu'on a produites contre l'idée d'une perquisition dans les scènes centrales du *Pœnulus*. Demelius, qui admet d'une façon générale la possibilité d'une perquisition dans notre cas[5], croit qu'en réalité la perquisition n'avait pas lieu : Collybiscus, dûment stylé, sortait de la maison du *leno* au premier appel[6]. Cette interprétation, certainement

[1] Macr., *Sat.*, I, 6, 30.
[2] *Infra*, c. VII, § 1.
[3] *Contra* Demelius, pp. 371-372.
[4] *Supra*, pp. 50 et sqq.
Demelius, pp. 370-371.
[6] Demelius, p. 372 ; Pernard, p. 180.

erronée, méconnaît l'économie des scènes en question. Agorastoclès (vers 786) prévient les témoins qu'ils vont le voir ramener l'esclave *(dum me videatis servom ab hoc abducere)*. Puis un assez long moment s'écoule, pendant lequel Le Loup monologue à l'écart (9 vers = 787-795), déplorant sa mauvaise fortune et philosophant sur la trop prompte réalisation des prédictions que lui avaient faites les aruspices; après quoi il profite d'une distraction des *advocati* pour disparaître. Agorastoclès ne rentre en scène avec son esclave que lorsque le *leno* est déjà loin. Remarquons d'ailleurs que nous n'avons point entendu Agorastoclès appeler Collybiscus du dehors. Il faut donc bien qu'il ait pénétré dans la maison de l'entremetteur. Et cela est si vrai que, lorsqu'il sort, poussant Collybiscus devant lui *(Age tu progredere, ut [testes] videant te ire istinc foras)*, il ignore la fuite de son ennemi, que les témoins lui révèlent. Tout ce jeu de scène, parfaitement clair, a échappé à Demelius.

Van der Hoeven écarte l'idée d'une perquisition en se fondant sur un argument juridique[1]. Le volé qui faisait une visite domiciliaire devait, remarque-t-il, désigner la chose cherchée par son nom et son espèce. Paul nous renseigne sur cette exigence, d'ailleurs logique : « Qui furtum quaesiturus est, antequam quaerat, debet dicere, quid quaerat, et rem suo nomine et sua specie designare[2] ». Si Agorastoclès avait prononcé, comme il le devait, le nom de Collybiscus, sa ruse aurait été déjouée du même coup. Cette difficulté ne peut nous arrêter : si l'on exige la désignation précise de l'objet qu'on cherche, c'est dans l'intérêt du poursuivi, et il faut évidemment que celui-ci exige du poursuivant les précisions nécessaires, s'il a dans l'esprit le moindre doute[3]. Le Loup aurait pu, s'il avait été prudent, demander à son adversaire : « Comment s'appelle l'esclave que tu cherches? » Il ne l'a pas fait parce qu'il était convaincu qu'il s'agissait de Milphion :

Vers 182 : Ille me censebit quaeri.
563 : Milphionem quaeri censebit tuom.

L'entremetteur tombe donc dans le panneau pour avoir négligé

[1] Van der Hoeven, p. 50, 1.

[2] Paul, *Sent.*, II, 31, 22. Ce texte, bien que provenant d'un auteur récent, doit remonter à une source ancienne, sans doute aux *veteres*, par l'intermédiaire de Mas Sabinus, à qui Paul paraît avoir emprunté ses développements historiques.

[3] Cf. Plaut., *Aulul.*, v. 762-763 (IV, 10, 32-33).

une précaution que la coutume l'autorisait à prendre ; il se perd par sa propre imprudence. Mais la perquisition faite pour découvrir un objet désigné en termes équivoques que le poursuivi croyait comprendre n'en reste pas moins valable.

Ainsi l'analyse des scènes centrales du *Pœnulus* nous amène à conclure que le *leno* est convaincu d'un *furtum manifestum* portant sur l'esclave et sur l'argent d'Agorastoclès.

3° L'idée d'un vol flagrant trouve d'ailleurs sa confirmation dans bon nombre d'autres passages de la pièce. L'entremetteur lui-même se tient pour inculpé d'un vol flagrant. En vain Demelius prétend-il[1] qu'il se trompe, aveuglé par la crainte. Outre qu'il méconnaît le caractère du *leno*, il oublie qu'entre le moment où celui-ci tombe dans le piège tendu par Agorastoclès, et le dénouement, le *leno* a le temps de reprendre ses esprits, et de préparer sa défense sur un autre terrain, s'il a d'abord cédé à un affolement injustifié. Or il n'en est rien : le *leno* consulte ses amis, qui lui confirment unanimement ce qu'il savait déjà :

Vers 1340-1341 : Omnibus amicis meis idem unum convenit,
ut me suspendam, ne addicar Agorastocli.

Rien n'indique que Le Loup et ses amis se trompent. Bien au contraire. Quelle procédure en effet va-t-on exercer contre lui ? Il la décrit aux vers 789-790 :

Quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,
priusquam hinc optorto collo ad praetorem trahor?

On va donc le saisir, maîtriser sa résistance en lui tordant le cou, par une sorte de coup de *jiu-jitsu*[2], et le traîner de force devant le préteur ; c'est par cette espèce d'*in ius vocatio*[3] très dure que s'ouvre

[1] Demelius, p. 362.

[2] Comme l'a démontré le Dr A. T. Vercoutre, *L'arrestation des malfaiteurs chez les Romains (Revue Archéologique*, IX, 1907, pp. 332-333), *torquere collum* ou *gulam* ne doit pas se traduire par *prendre au collet*, mais bien par *tordre le cou*. Pour maîtriser un inculpé qui résistait, on lui tordait en effet le cou, en lui saisissant à deux mains la tête, et en la faisant pivoter brusquement autour de son axe, ce qui déterminait un torticolis traumatique, voire une entorse des vertèbres La douleur ainsi provoquée annihilait toute résistance. Cf. aussi le passage de l'*Aululaire* dans lequel Euclion menace un voleur de lui *interstringere gulam. Aulul.*, v. 659 (IV, 4, 32) : Ibo intro atque illi socienno tuo iam interstringam gulam.

[3] Goyet, *La manus injectio* (thèse), Lyon, 1906, pp. 19 et sqq. Nous dirions même, avec cet auteur : « cette sorte de *manus iniectio* » — si nous pouvions adopter ici *de plano* la thèse qu'il défend, pp. 56 et sqq.

la procédure spéciale au délit de vol flagrant. Elle diffère notamment de l'*in ius vocatio* ordinaire en ce qu'elle ne comporte pas de prise à témoin *(antestatio)*[1]. Plaute y fait une autre allusion dans Amphitryon[2] :

Manufestum hunc optorto collo teneo furem flagiti.

La procédure sommaire et rude qui menace Le Loup est celle qui menace tous les *fures manifesti*[3].

4° Ce n'est pas tout. Nous savons quel châtiment atteint le *fur manifestus* : la mort, s'il s'agit d'un *fur nocturnus* ou d'un *fur diurnus qui telo se defendit* ; l'*addictio*, s'il s'agit d'un *fur diurnus* qui ne se défend pas[4].

Le *leno* est un *fur diurnus*, et il ne songe point à se défendre : il doit donc encourir l'*addictio* au profit d'Agorastoclès. Telle est en effet l'indication que donnent les textes :

Vers 185-186 : Ubi in ius venerit,
addicet praetor familiam totam tibi.
564 : Leno addicetur tibi[5]...

[1] Nous avons rencontré dans le *Poenulus* (*Supra*, pp. 167-169) une *in ius vocatio* régulière, accompagnée d'une *antestatio*, lorsque Hannon accusait par jeu Anterastilis et Adelphasium de l'avoir volé. Mais il s'agissait là visiblement d'un *furtum nec manifestum*.

[2] *Amphitruo*, fragment rapporté par Nonius, éd. Mercier, p. 453, 24. Plaeti, éd. Leo, fragm. 15 (9), t. I, p. 44. Ritschl, Goetz et Loewe (Ti, p. 117), restituent « Manufesto hunc obtorto collo teneo *furti* flagiti », pour faire cadrer le vers que cite Nonius avec le contexte. Il paraît résulter d'ailleurs du rapprochement qui s'impose entre ce fragment et un autre fragment d'*Amphitryon* également rapporté par Nonius (Ed. M., p. 331, 15 : Immo ego hunc, Thebani cives, qui domi uxorem meam | Inpudicitia inpedivit, teneo, thensaurum stupri) que l'accusation de vol manifeste était ici dirigée contre un adultère. Ce n'est pas le lieu de rechercher si l'adultère clandestin ne rentrait pas, vers le VIe siècle, dans la notion du *furtum*. Voy. *Infra*, c. XI, § 2. Cf. Lyon, *Le droit dans Isidore de Pélusie* (*Études d'histoire juridique dédiées à P. F. Girard*, 1913, II, p. 216).

[3] Voy. aussi *Casina*, vers 943 (V, 3, 7) : « Manufesto faucibus teneor » (Mais il ne s'agit pas d'un délit de vol).

[4] *Supra*, p. 56.

[5] Nous n'ajoutons pas à ces passages les vers 1341 (« ... ne addicar Agorastocli ... ») et 1361 (« Quin egomet tibi me addico. Quid praetere egest ... ») bien qu'ils puissent appartenir au texte primitif de Plaute, ils figurent dans un dénouement trop remanié pour qu'on apprécie exactement leur portée. Sans doute, Lycus ne tombant plus au moment du dénouement que sous le coup d'une action *furti nec manifesti* (*infra*, p. 190), ils ne se rapportent qu'à l'*addictio* de la maison (*aedes*) servant à exécuter une condamnation pour *furtum nec manifestum*.

Mais l'*addictio* ne peut-elle intervenir aussi à la suite d'un *furtum nec manifestum?* Assurément, mais uniquement à la fin de la procédure d'exécution (par voie de *manus iniectio*)[1]. Il faut donc, pour qu'on arrive à l'*addictio*, que l'action *furti nec manifesti* ait été intentée (sans doute *per sacramentum*), qu'elle ait abouti à une condamnation liquidée en argent (sans doute *per iudicis postulationem*), et qu'une procédure d'exécution ait été engagée *(per manus iniectionem);* tout cela peut durer fort longtemps, certainement plusieurs mois (que l'on songe aux délais imposés par la loi *Pinaria* et aux *triginta dies iusti* des Douze Tables!) Or nos textes nous présentent une *addictio* très différente, qui doit avoir lieu immédiatement et nécessairement : « *Ubi in ius venerit*, addicet praetor... » Le préteur n'aura ni à apprécier les faits personnellement, ni à organiser une instance devant un juré. Dès que les parties paraîtront devant lui, il enregistrera le témoignage des *advocati*, qui affirment la flagrance, et il prononcera l'*addictio*. D'où cette conclusion : l'*addictio* dont il s'agit ici n'est point celle qui intervient dans une *manus iniectio* consécutive à une action *furti nec manifesti;* c'est celle qui intervient dans la répression immédiate du *furtum manifestum*, et que mentionnent Aulu-Gelle et Gaius[2].

Cette conclusion s'impose également si l'on considère les effets de l'*addictio* encourue par le *leno*. L'*addictus* de la *manus iniectio* qui sert à exécuter une action *furti nec manifesti* n'est qu'un prisonnier pour dettes, qu'on peut seulement, depuis la loi Pœtelia Papiria, faire servir jusqu'à ce qu'il ait payé son dû, mais qui ne perd pas la liberté juridique[3]. Or se borne-t-on à menacer le *leno* du sort d'un *iudicatus?* Point du tout. Il sera esclave, et toute sa maisonnée tombera en esclavage avec lui :

Vers 168-169 : Totum lenonem tibi cum tota familia
dabo hodie dono.

Et le sens de ces paroles est souligné par le passage où Milphion promet à Agorastoclès de faire d'Adelphasium son affranchie. Pour

[1] Sur l'*addictio*, voy. en dernier lieu Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwölftafeln*, Breslau, 1904, pp. 212-215, et la littérature qu'il cite, p. 212, 3; Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 90 et sqq.

[2] Gell., *N. A.*, XI, 18, 7; Gaius, III, 189. *Supra*, p. 56.

[3] Girard, *Manuel*[5], p. 129.

que le galant puisse affranchir la jeune fille, il faut qu'il soit d'abord devenu son maître.

Or, nous verrons précisément qu'on discutait au VIIe siècle sur la question de savoir si le *fur manifestus* qui avait subi l'*addictio* était dans la situation d'un esclave, ou seulement dans celle d'un *iudicatus*[1], et qu'il y a bien des chances pour que le premier système soit le plus ancien[2]. De sorte que nous tenons là encore un nouvel indice qui nous autorise à conclure à un *furtum manifestum*.

Nous sommes donc amenés, par tout un ensemble de preuves concordantes, à conclure que le vol imputé au *leno* est un vol manifeste pour les spectateurs romains. Toute l'action qui se déroule sous leurs yeux, et un grand nombre des traits du dialogue, contribuent à les faire penser à un *furtum manifestum*, et à un *furtum manifestum* romain, non à une κλοπή grecque : il y a au moins une pièce de la répression attachée à ce *furtum* qui est nécessairement romaine, et qui ne peut pas provenir de l'original grec suivi par Plaute[3] : c'est l'*addictio*, qui n'a pas son équivalent dans le droit attique[4].

[1] Gaius, III, 189.

[2] *Infra*, c. X, § 3.

[3] C'est donc à tort que M. P. F. Girard écrit (*Organisation judiciaire*, I, p. 191, 3) que les vers 185-186 du *Pœnulus* ne rapportent « certainement pas du droit romain. Car ils conduiraient à dire, non pas seulement que le préteur attribue au créancier la *familia* du débiteur, mais qu'il la lui attribue sans jugement ni renvoi de l'affaire à un juré. S'il prouvait quelque chose, ce serait que l'exécution du système des actions de la loi porte sur le patrimoine du débiteur en même temps que sur sa personne et par contre-coup, ce qui n'est guère douteux ni avant, ni après la loi *Poetelia Papiria* ». (Sur ce dernier point, voy. pourtant Kleinfeldam, *Die Personalexekution der Zwölf-Tafeln*, pp. 258-268.) Ici, M. Girard polémique contre M. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I², p. 590, 2, qui rapporte les vers 185-186 à l'exécution exclusive sur les biens. Mais, en ce qui concerne notre thèse personnelle, nous ferons remarquer, non seulement que le droit hellénique ne fournit aucun équivalent de l'*addictio*, mais encore que les effets spéciaux de l'*addictio* du *fur manifestus* paraissent ressortir de la controverse rapportée par Gaius, III, 189.

[4] Remarque faite déjà par Pernard, p. 181. Ajoutons que l'existence de l'*addictio* certaine pour le droit attique du IVe siècle, est très probable pour le droit attique antérieur à Solon. En ce sens Swoboda, *Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXVI (1905), pp. 219-220.

7

A cette interprétation, on n'a à opposer qu'un argument de texte, qui se tire des vers 184, 564 et 1351 :

Vers 183-184 : Quid tu dubitas quin extempulo
dupli tibi auri et hominis fur leno siet?
564 : Id duplicabit omne furtum.
1351 : Duplum pro furto mi opus est.
(Cf. v. 1362 : Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.)

La peine du *furtum nec manifestum* est du double. Si ces passages font allusion à cette peine, le vol commis par l'entremetteur n'est point un vol manifeste. La plupart des juristes qui ont étudié le *Pœnulus* se sont laissés entraîner par cet argument, et ont conclu en effet à un *furtum nec manifestum*[1].

A tort, selon nous. L'examen que nous avons fait des vers 184 et 564 nous a montré, il est vrai, que ces vers se rapportent sans doute à une *pœna* du double. Mais c'est très péniblement qu'on arrive à tirer ce sens du texte. Les tournures employées sont extrêmement embarrassées et font croire à des retouches opérées après coup[2]. Aussi est-on naturellement porté à se demander si l'original grec n'offrait pas ici au traducteur latin une difficulté spéciale. Nous allons voir en effet que cet original parlait probablement, lui, de la peine du double applicable à une δίκη κλοπῆς. Le traducteur, ne pouvant faire passer dans son texte cette donnée inconciliable avec le système répressif usité à Rome pour le *furtum* découvert après perquisition solennelle, a bouché le trou vaille que vaille, par un à peu près, et le décousu de sa formule a pu s'aggraver encore par le zèle maladroit de ses continuateurs ou de ses copistes.

Nous remarquerons d'ailleurs que, si les allusions du *Pœnulus* à la *pœna dupli* pour vol sont incertaines et embarrassées, ce n'est pas par hasard. Car nous retrouvons les mêmes incertitudes et le même embarras dans un passage de *Casina* qui a passé inaperçu jusqu'à maintenant[3]. Le *villicus* Olympio va se marier. Il revient

[1] Visserin, *Quaestiones Plautinae*, II, p. 41, 1. Demelius, *l. c.*, pp. 362-363; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 569; Costa, *op. cit.*, p. 407; Pernard, *op. cit.*, p. 177.

[2] *Supra*, pp. 155 et sqq.

[3] *Casina*, vv. 720-722 (III, 6, 1-3). M. Costa cite assez vaguement le vers 722 comme relatif aux peines pécuniaires *(mulctae)*. Costa, p. 417.

du marché chargé de victuailles et escorté d'une cohorte de cuisiniers qu'il a embauchés pour le repas de ses noces. Il admoneste leur chef : « Fripon, lui dit-il, vois à faire marcher tambour battant[1] ton buisson d'épines! — Epines, mes hommes? réplique l'autre. Et pourquoi? — Parce qu'ils enlèvent ce qu'ils touchent ; veut-on le leur reprendre? ils le déchirent : de la sorte, partout où il viennent, partout où on les trouve, ils exposent les propriétaires à double peine. »

OLYMPIO. Vide, fur, ut sentis sub signis ducas.
CITRIO. Qui vero hi sunt sentis?
OL. Quia quod tetigere, ilico rapiunt, si eas ereptum, ilico scindunt :
ita quoquo adveniunt, ubiubi sunt, duplici damno dominos multant.

Les cuisiniers passent en effet pour des filous[2]. « Chez Plaute, on se défie toujours de leur humeur chapardeuse[3] » : ce qui explique la comparaison peu flatteuse d'Olympio. Mais que signifie le dernier vers? Comment l'improbité des cuisiniers expose-t-elle les *domini* à un *duplex damnum?* Les termes juridiques employés ici semblent bien viser autre chose qu'un *damnum* purement matériel; ils se réfèrent à une peine (= *multare... damno*). Ne visent-ils point la *pœna* au double d'une action *furti nec manifesti?* Si les cuisiniers de louage sont esclaves, ils exposent en effet, par leurs vols, leurs maîtres à une action *furti* noxale. On ne peut guère nier que Plaute ait plus ou moins confusément entrevu cette idée. Mais il l'exprime en des termes impropres, sans doute volontairement ambigus. Il tient à jouer sur les expressions techniques et à donner au passage un double sens. Pour cela, il choisit ses mots pour faire également entendre que les propriétaires d'objets mobiliers courent, du fait des cuisiniers qu'ils embauchent, un double risque, risque de perte et risque de détérioration[4]. Ainsi, selon l'interpre-

[1] Le texte porte *sub signis*, c'est-à-dire *enseignes déployées*. Nous avons cru pouvoir substituer à l'image militaire employée par PLAUTE une autre image du même ordre, plus familière à nos contemporains.

[2] *Aulul.*, v. 322 (II, 4, 43 ; 344 et sqq. ; II, 5, 18 et sqq. ; 363 et sqq. ; II, 7, 1 et sqq.); 439 et sqq. (III, 2, 18 et sqq.). *Pseudolus*, v. 850 et sqq. (III, 2, 61 et sqq.); 956 et sqq. (IV, 2, 1 et sqq.).

[3] PH. E. LEGRAND, *Daos*, p. 127.

[4] C'est l'interprétation que donne USSING, III, 1, p. 157. Elle s'autorise du rapprochement des vers 227-228 (II, 1, 17-18) du *Truculentus* : Meretricem sentis simulem

tation à laquelle on s'attache, le mot *domini* désigne les propriétaires des *coqui* ou les propriétaires des objets qu'ils dérobent ; le mot *multare* se prend dans son sens propre ou dans un sens figuré ; les mots *duplex* et, *damnum* changent d'acception. Et surtout nous ne pouvons savoir ce qui nous importerait le plus, c'est-à-dire si Plaute a mentionné le *duplex damnum* en pensant à la peine romaine du vol non flagrant, ou seulement en traduisant un texte qui mentionnait la peine d'une δίκη κλοπῆς.

Revenons au *Pœnulus*. Avant la scène de la *deprehensio*, il n'y a pas d'allusion qu'on puisse rapporter avec vraisemblance à la peine de l'action *furti nec manifesti*. Il en est autrement dans la scène finale. Nous y trouvons le vers 1351 : « Duplum pro furto mi opus est », qui est simple, clair, et qu'on n'a pas le droit de tenir *a priori* pour apocryphe, malgré la place qu'il occupe dans un dénouement suspect, au milieu de vers visiblement interpolés[1]. Mais précisément, il s'explique sans peine dans cette phase finale de l'intrigue. En effet, Agorastoclès ne peut traiter le *leno* comme *fur manifestus* que si, l'ayant saisi au moment de la *deprehensio* de l'objet volé, il l'emmène immédiatement devant le préteur. Du moment où le *fur manifestus* trouve le moyen d'échapper à son adversaire avant d'être amené *in jus*, il cesse d'être *fur manifestus*, le volé n'a plus contre lui — et on l'a déjà remarqué — que la ressource de l'action *furti nec manifesti*. Agorastoclès, après avoir laissé fuir le *leno*, n'est donc plus fondé à lui demander, quand il le retrouve, qu'une *pœna* du double. Mais le vers 1351 ne prouve rien pour la qualification du *furtum* dans les scènes centrales du *Pœnulus*.

8

Telle est la trame juridique de la pièce, telle qu'elle se présente au public romain.

Comment pouvons-nous concevoir la trame juridique du modèle dont s'est inspiré Plaute ? Elle doit contraster avec la précédente, croyons-nous, par plusieurs différences essentielles. Notam-

esse condecet, | quemquem hominem attigerit, profecto ei aut malum aut damnum dare.

[1] Voy. pourtant *infra*, p. 157, n. 1, la remarque relative à l'accusatif *duplum*.

ment le vol de l'esclave n'y est point flagrant, et l'action mise en mouvement contre l'entremetteur n'est qu'une δίκη κλοπῆς au double.

Le vol de l'esclave n'est point flagrant. A la *quaestio* opérée par Agorastoclès devait correspondre, dans l'original grec, une φώρα. Or nous savons que la φώρα, au IVe siècle avant Jésus-Christ, ne constitue pas le recéleur en flagrant délit. Donc le *leno* devait, pour cette partie du délit, échapper aux sanctions du vol ἐπ' αὐτοφώρῳ. Il n'y avait vol flagrant, dans son cas, que pour les trois cents Philippes, en admettant que les choses se passassent exactement dans la pièce grecque comme dans la pièce romaine, et que la *deprehensio* de la bourse figurât aussi dans la première, ce que nous ignorons absolument. En tout cas, Agorastoclès renonçait à se prévaloir de la flagrance pour cet objet secondaire du vol commis à ses dépens, puisqu'il n'exerçait pas l'ἀπαγωγή contre le *leno*.

Il faut noter en effet qu'aucun passage du *Pœnulus* ne paraît se rapporter à une ἀπαγωγή, non plus qu'à une ἐφήγησις, ou à une ἐνδειξις exercée, dans l'original, par Agorastoclès. Puisque l'ἀπαγωγή tend à faire mettre à mort le κακοῦργος qui en est l'objet, nous pourrions rencontrer dans le *Pœnulus* des allusions à l'exécution possible du *leno*. Nous n'en rencontrons aucune[1]. Agorastoclès ne se sert pas de l'ἀπαγωγή, soit parce que le vol portant sur les trois cents Philippes n'est pas plus flagrant que le vol portant sur l'esclave, soit parce que, le vol des trois cents Philippes étant flagrant, il préfère cependant, comme il en a le droit, recourir à une autre action. La première hypothèse, plus simple, plus conforme au principe de l'économie des moyens dans l'art dramatique, nous paraît de beaucoup la plus vraisemblable.

Quelle était donc, dans l'original grec, la sanction du vol commis? Ce n'était pas la γραφὴ κλοπῆς : la procédure nous est présentée comme privée. Ce ne peut être que la δίκη κλοπῆς, et le *leno* n'encourt qu'une condamnation au double. Nous possédons, sur la nature de

[1] Car, bien évidemment, lorsque les *advocati* disent à l'entremetteur « Perasti, leno! » (Vers 779), ou lorsque l'entremetteur s'exclame « Periit! » (Vers 787, 1360), il n'y a la aucune allusion à une menace d'exécution capitale. *Perire* a son acception ordinaire : *être perdu*. Cela est particulièrement évident pour le vers 1360 (Lyc. Periit hercle. Ag. Immo haud multo post, si in ius vocaris). Ainsi le sens se précise par le vers suivant : Lyc. Quin egomet tibi me addixi. Et encore le

l'action employée par Agorastoclès, un témoignage significatif dans le vers 800 :

Cras subscribam homini dicam.

Ce vers doit être traduit mot pour mot du grec : le terme *dica* est la transcription littérale du grec δίκη ; et l'expression *scribere (dicam, actionem*, etc.), qui n'est pas latine, est la transcription de l'expression grecque γράφειν τινὶ δίκην[1]. Sans doute cette expression[2] ne s'applique, chez les auteurs romains, qu'à des actions d'origine grecque[3]. M. Dareste soutient à tort[4] que Plaute emploie indifféremment, et pour des actions d'origine quelconque, les mots *in ius vocare* et *dicam scribere:* le dépouillement des textes où figurent les derniers établit suffisamment qu'ils s'appliquent toujours à une δίκη grecque. Chez Plaute, on rencontre *dicam scribere* deux fois : dans notre passage et dans un passage de l'*Aululaire* où il est visiblement question d'une δίκη κλοπῆς[5]. Chez Térence, on la rencontre quatre fois, deux fois dans des textes relatifs à une δίκη

vers 1407, qui est un des vers ajoutés, postérieurement à Plaute, par l'auteur du second dénouement.

[1] Pour l'expression technique γράφειν τινὶ δίκην, voy. Arist., *Nub.*, 758; 770-779: *Inscr. d'Amorgos. Bull. de Corr. Hellénique*, XII (1888), p. 232; *Inscr. de Lesbos. C. I. G.*, XII, 2, 6, l. 11; *Pap. Petrie*, III, n° 21 (g), dans *The Flinders Petrie Papyri*, éd. Mahaffy et Smyly, 1905; Mitteis-Wilcken, *Chrestomathie*, II, 2, n° 21, p. 17; *Pap. Hibeh*, I, 30 (d), dans *The Hibeh Papyri*, éd. Grenfell et Hunt 1906; Mitteis-Wilcken, II, 2, n° 20, p. 15.

[2] Cf. le lapsus commis par M. Costa *(Plauto*, p. 442 *d)* et relevé par M. Bekker, *Römische Komiker, l° c°*, p. 56 *(dicere scribam* pour *scribere dicam).*

[3] En ce sens, Kipp, *Die Litisdenunziation als Prozesseinleitungsform im römischen Civilprozess*, 1887, pp. 152 et sqq.; Schlossmann, *Litiscontestatio*, Leipzig, 1905, p. 36; Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, 1908, p. 21, n. 55 *e* (Cf. *Miszellen. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXIX (1908), R. A., pp. 470-471); Fliniaux, *La dicarum scriptio et deux papyrus égyptiens de l'époque ptolémaïque. Nouv. Rev. Hist. de droit*, XXXIII (1909), p. 543; Leo, *Geschichte der römischen Literatur*, I, p. 24, 1.

[4] Dareste, *Journ. des Savants*, 1892, p. 146. *Contra* Pernard, p. 190.

[5] *Aulul.*, vv. 759-760 (IV, 10, 28-29).

Eucl. Iam quidem hercle te ad praetorem rapiam et tibi scribam dicam,
nisi refers.
Lyc. Quid tibi ego referam?
Eucl. Quod surripuisti meum.

Cf. Fliniaux, *La dicarum scriptio*, p. 548, qui conclut ici à une action grecque, mais à une ἀπαγωγή!

κλέπτας[1] et deux fois dans des textes relatifs à l'action qui sanctionne l'obligation d'épouser ou de marier une fille épiclère[2]. Enfin on la trouve assez fréquemment dans les *Verrines*, de Cicéron, à propos de faits qui se sont passés en Sicile, dans un pays de droit grec[3]. En écrivant le *Pœnulus*, Plaute a travaillé sur un original où il était question d'une δίκη κλοπῆς.

Toutefois, il faut, pour fonder solidement cette conclusion, écarter une objection. On pourrait dire, en effet : il n'est question de la δίκη qu'après la disparition du *leno*. Jusque-là Agorastoclès pouvait peut-être exercer l'ἀπαγωγή. Il perd son ἀπαγωγή en laissant son adversaire s'enfuir, et la δίκη κλοπῆς ne constitue désormais pour lui qu'un pis aller. Si la pièce grecque était composée comme la pièce latine dans la partie qui correspond aux vers 787-799 de cette dernière, on devrait donc admettre la possibilité d'une ἀπαγωγή comme sanction originaire de l'infraction imputée au *leno*.

Une pareille objection méconnaîtrait une des différences fondamentales de la répression du vol en droit romain et en droit attique : tandis que le droit romain est pauvre en moyens de répression, puisque, l'action *furti manifesti* perdue, on ne peut plus recourir qu'à l'action *furti nec manifesti*, le droit attique dispose d'actions aussi nombreuses que variées. L'ἀπαγωγή est-elle impossible parce que le volé craint de n'être pas le plus fort? On peut recourir à l'ἐφήγησις. L'ἐφήγησις fait-elle défaut elle-même parce que le voleur a disparu? Il reste, sans doute, l'ἐνδειξις qui trouve précisément dans ce cas son application propre[4]. Agorastoclès, si l'ἀπαγωγή et l'ἐφήγησις lui manquaient, pouvait encore ἐνδεικνύναι, et il avait tout avantage

[1] *Phorm.*, v. 329 : (II, 2, 15). Enumquam iniuriarum audisti mihi scriptam dicam ? Sur ce vers, voy. P. Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* (*Mélanges Appleton*), pp. 90-91.

Phorm., vv. 438-439 (II, 3, 91-92) :

Si tu illam attingeris secus quam dignumst liberam
dicam tibi impingam grandem.

[2] *Phorm.*, v. 127 (I, 2, 77) : Ego te cognatum dicam et tibi scribam dicam.

Phorm., v. 668 (IV, 3, 63) : Sescentas proinde scribito iam mihi dicas.

[3] Voy. les renvois et les explications dans Kaufmann, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1879, pp. 255 et sqq. Cf. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 70 et *passim*. Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau, 1905, p. 85; Feliciano, *Le radiomainum* (thèse Paris, 1908), pp. 139 et sqq.

[4] *Supra*, p. 146.

à le faire. Puisqu'il n'use que de la δίκη, c'est donc qu'il n'avait point *ab initio* d'autre moyen d'agir. Et peut-être la fuite du *leno* ne figurait-elle pas dans l'original suivi par Plaute.

La constatation que nous venons de faire sur la nature de l'action qui sanctionnait, dans la pièce grecque, la κλοπή commise par l'entremetteur jette en effet un jour nouveau sur la composition de cette pièce. Exposé seulement à une δίκη κλοπῆς, Le Loup ne courait aucun risque définitif et immédiat : la δίκη, bien moins rigoureuse que l'ἀπαγωγή, donne du temps au défendeur. Le Loup pouvait se retourner, tenter de se défendre... Au pis aller, il n'encourait qu'une condamnation au double, et la peine de la ποδοκάκη pendant cinq jours. Il n'avait rien à redouter pour sa vie, ni pour sa liberté; sa situation n'était que mauvaise; elle n'était pas désespérée. En tout cas, Antérastilis et Adelphasium restaient en sa possession, et, avec les délais de procédure qui s'imposaient (délais de la πρόσκλησις; délais de l'ἀνάκρισις, qui s'élèvent toujours au moins à trente jours, mais ordinairement à beaucoup davantage; délais de la προθεσμία après la sentence, peut-être délais de la δίκη ἐξούλης), Agorastoclès n'avait qu'un espoir fort lointain et fort incertain de comprendre les jouvencelles dans la prise de gage qu'il exercerait contre son débiteur insolvable, et peut-être de les racheter quand il ferait vendre ses biens[1]. Pour atteindre le but qui lui tenait le plus à cœur, Agorastoclès devait donc diriger contre le *leno* une machine nouvelle : c'est l'ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν, qui a servi de modèle à la *vindicatio in libertatem* de la pièce romaine. Grâce à l'ἀφαίρεσις, il pouvait immédiatement tirer Adelphasium des griffes de l'entremetteur, car, en droit attique comme en droit romain, provision est due à la liberté[2]. Notre explication est donc favorable à l'idée de l'unité du modèle suivi par Plaute. Elle cadre parfaitement avec la démonstration que M. Ph. E. Legrand a entreprise en ce sens. Nous irions même plus loin que le savant helléniste. M. Legrand estime, à la suite de

[1] Sur l'exécution dans le droit attique du IVe siècle, voy. Platner, II, pp. 429-443; Meier-Schœmann-Lipsius, II, pp. 696-699; 965-970; Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 413 et sqq.; Thalheim, *op. cit.*, pp. 131-137; Hitzig, *Das griechische Pfandrecht*, Munich, 1895, p. 51.

[2] Platner, II, p. 237, et Meier-Schœmann-Lipsius, II, p. 665, n. 503, suivis par Beauchet, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, II, 1897, p. 517. Voy., en dernier lieu, Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1909, p. 295; et *Hermes*, XXV (1910), pp. 612-613.

Goetz[1], que, pour éliminer la fâcheuse contradiction qu'on relève entre l'attitude de Milphion au début de l'acte IV et son attitude précédente, il faut restituer cet acte IV (exception faite pour les vers 917-922) après le vers 503, c'est-à-dire après l'acte II : on reporterait ainsi l'élaboration du second plan de Milphion à un moment où le premier était déjà combiné, mais n'avait pas encore produit son effet. Ce remaniement, pour ingénieux qu'il soit, ne nous paraît pas nécessaire, si l'on admet notre interprétation juridique de l'original grec, qui fait apparaître entre les deux entreprises une véritable progression d'intérêt : l'ἀφαίρεσις εἰς ἔνεδρεσιν complète, en quelque sorte, la δίκη κλοπῆς. Ainsi conçu, le Καρχήδονιος se conforme aux règles de la logique dramatique : l'équilibre de l'intrigue se maintient ; la composition devient fort acceptable[2].

Ce qui a fait admettre la « contamination », c'est la déformation qu'a infligée Plaute au Καρχήδονιος en l'adaptant à la conscience juridique de son public. Il ne pouvait guère agir autrement. La scène où le *leno* se prenait au piège évoquait nécessairement pour les spectateurs romains l'idée d'un *furtum manifestum* ; la perquisition leur faisait attendre tout un ensemble de sanctions sommaires et brutales, une *addictio* immédiate, l'esclavage pour l'*addictus*. Évidemment, avec ce système répressif rigoureux, la pièce aurait dû finir là : puisque le *leno* et sa *familia* allaient devenir la propriété d'Agorastocles, sans autre forme de procès, il n'y avait pas besoin d'autre dénouement.

Mais Plaute, en adaptateur fidèle, — obligé peut-être d'ailleurs par des traditions et des raisons pratiques de respecter les règles des cinq actes, — n'a pas voulu amputer son modèle. Il a donc raccordé l'histoire de la *vindicatio in libertatem* à l'histoire du *furtum* au moyen d'un artifice assez grossier, sans doute étranger à son original : il a escamoté le *leno*. Pendant qu'Agorastocles cherche son esclave, le *leno* s'esquive, et Agorastocles ne le retrouve plus quand il rentre en scène. Il ne peut donc plus l'empoigner

[1] Goetz, *De compositione Poenuli Plautina*, Iena, 1883-1884. Ph. E. Legrand, *Pour l'histoire de la comédie nouvelle*, *Rev. des études grecques*, 1903, p. 362.

[2] Remarquons d'ailleurs, avec M. Ph. E. Legrand et avec M. M. Croiset (*Journal des Savants*, 1910, p. 296), que certains défauts de composition chez les poètes latins ne sont pas toujours l'indice d'une altération profonde de l'original grec, car, après tout, celui-ci pouvait être lui-même mal composé.

obtorto collo ; l'*addictio* immédiate devient impossible ; Agorastoclès perd une grande partie de l'avantage qu'il s'était acquis ; au lieu de se voir adjuger sur-le-champ le *leno,* et, — ce qui lui tient surtout au cœur, — Adelphasium, il n'a plus à attendre qu'une satisfaction pécuniaire[1]. Que la fuite du *leno* soit un tour de passe-passe imaginé par Plaute, plusieurs faits le confirment. D'abord son invraisemblance même : les *advocati* ne devaient-ils pas arrêter le *leno ?* Agorastoclès leur avait recommandé, semble-t-il, de le surveiller (vers 785-786) :

Quaeso hercle, operam date,
dum me videatis servom ab hoc abducere.

Il faut croire que les *advocati* avaient écouté d'une oreille bien distraite cette recommandation. Sans doute l'invraisemblance était-elle palliée par quelque jeu de scène : par exemple par un mouvement général d'attention des témoins tournés vers la maison d'où allait sortir Collybiscus ; le *leno* en profitait pour disparaître avant qu'ils y prissent garde. Mais ce qui est plus inconcevable encore, c'est le remerciement qu'adresse immédiatement Agorastoclès aux *advocati* (vers 805 et sqq.) :

Factum a vobis comiter.
Bonam dedistis, advocati, operam mihi.

Les *advocati* viennent de manquer à la recommandation pressante qu'il leur avait adressée, et il ne semble pas s'en apercevoir ! Ils viennent de lui causer un tort irréparable et de lui enlever presque tout le bénefice de son stratagème, et il s'en félicite ! Cette attitude surprenante ne peut guère s'expliquer que parce que la fuite du *leno*, et les vers 789-790 et 798-799 qui se rapportent à cette fuite, ont été intercalés par Plaute dans un développement fondé sur une situation juridique différente[2].

[1] Cf. Pernard, p. 178, qui, ne comprenant pas les raisons de composition qui imposent à Plaute le recul d'Agorastoclès, méconnait la donnée fondamentale du problème. Voy. aussi l'explication donnée par M. Jachmann, *l° c°*, pp. 272-277, du vers 807 : Cras mane, quaeso, in comitio estote obviam.

[2] D'autres incohérences qu'on signale dans les vers 801-810 ont peut-être la même cause. Langen, *Plaut. Studien*, p. 342 ; Langrehr, *De Plauti Pœnulo*, Friedland, 1883, p. 20. Sans compter que, dans les rajeunissements successifs du *Pœnulus*, on a pu supprimer ici certains détails se référant originairement au cérémonial de la perquisition *lance licioque*.

Il est très difficile de faire la part du droit romain et du droit grec dans les deux dénouements. Ils sont trop remaniés pour que le travail de triage, déjà incertain avec un texte pur, donne des résultats vraisemblables. Que conclure, par exemple, du passage où Hannon menace le *leno* de moult supplices?

V. 1351 : AGOR. Duplum pro furto mi opus est.
LYC. Sume hinc quid lubet.
HAN. Et mihi suppliciis multis.

La *vindicatio in libertatem* romaine n'entraine aucun supplice contre le défendeur condamné ; l'*ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν*, pas davantage[1]. Hannon songeait-il, dans l'original grec, à la *γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ*, action criminelle qui punit de mort le fait de s'emparer d'une personne libre et de la traiter comme esclave[2]? Mais on ne trouve là, tout au plus, qu'*un* supplice. En droit romain, on pourrait voir encore ici une allusion à la loi Fabia, si l'on ignorait que le *plagium* n'a d'autre sanction à l'origine qu'une *multa*, et qu'il n'a entrainé la peine des mines que tardivement, peut-être seulement depuis Caracalla[3]. Faut-il donc supposer que le vers 1352 n'a été interpolé qu'après Caracalla? ou bien — ce qui paraît beaucoup plus sûr — que la menace d'Hannon est une menace vague, sans portée précise, insérée là par quelque continuateur qui voulait forcer l'effet comique produit par l'accumulation des interpellations adressées de toutes parts au Loup et par la répétition des « *sume hinc quid lubet* » proférés par ce dernier? Les termes employés par Hannon soulèvent d'ailleurs des difficultés grammaticales qui confirment l'hypothèse d'une addition tardive[4]. On ne peut non plus tirer aucune conclusion certaine de la réponse de Lycus. En vain M. Bekker a-t-il cru y trouver une allusion au précepte des XII Tables qui autorisait les créanciers à se partager le corps de leur débiteur saisi :

[1] Cependant, on pourrait croire, d'après le vers 715 du *Rudens* (III, 4, 10), — qu'il faut rapprocher du vers 1409 (mutilé) du *Pœnulus*, — que l'accusateur de Daemones entraînait une peine d'emprisonnement contre le défendeur qui succombait.

[2] Sur la γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ, qui peut se cumuler avec l'ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν, voy. MEIER-SCHOEMANN-LIPSIUS, I, p. 458, II, p. 663; LIPSIUS, II, 2, p. 612.

[3] MOMMSEN, *R. Strafrecht*, p. 782 (Tr. DUQUESNE, III, p. 92).

[4] L'accusatif employé par AGORASTOCLÈS (= *duplum* [mi opus est]) appelleraît un autre accusatif dans la bouche d'Hannon (= et mihi *suppliciis multis*), on peut aller loin, dans celle d'ANTAMONIDÈS (et mihi *minam argenti*). Fleckeisen a cru devoir corriger *duplum* en *duplo*, pour éviter cette difficulté (IV, 2, p. 69).

en disant à chacun de ses adversaires : « Sume hinc quid lubet », le *leno* leur montrerait son corps, et leur avouerait : « Voilà tout ce j'ai ; partagez-le à votre guise[1]. » Mais on a remarqué justement que le *leno* ne montre que son cou, ainsi que le prouve le vers suivant (*Collo rem solvam iam omnibus*[2]) : sans doute, il ne songe qu'à la *manus iniectio* qu'on exercera contre lui, puisqu'il est insolvable, et dans laquelle on le saisira au collet[3]. De toute façon, sa réponse ne semble pas avoir d'équivalent dans l'original grec[4], car on sait que Solon a supprimé les voies d'exécution sur la personne[5]. Il ne faut pas, on le voit, chercher dans toute cette scène finale des traits juridiques cohérents et précis. On n'y trouve que des à peu près.

La pièce s'achève par une transaction : dans le premier dénouement, l'entremetteur s'engage à payer une *poena* égale à la valeur de ce qu'il a volé (vers 1361-1363) et à faire un petit stage dans une cage de bois ; dans le second dénouement, il ne promet que de rendre à Agorastoclès son argent[6] (vers 1408 et 1417), faute de quoi il sera mis en prison[7]. La transaction était possible en droit attique, du moment qu'il s'agissait d'une action privée[8] ; elle l'était également en droit romain[9]. Reste l'allusion énigmatique à la *lignea custodia* (vers 1364-1365) :

Tantisper quidem
ut sis apud me lignea in custodia.

[1] Bekker, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XIII (1892). R. A., p. 55 ; *Ueber Anfang und Ende des in iure Verfahrens. Z. der Sav. Stiftung*, XXVII (1906). R. A., p. 27, n. 1 ; Pernard, pp. 206-207.

[2] Ussing, IV, 2, p. 359.

[3] La preuve en résulte, selon nous, du rapprochement de ce vers avec le vers parallèle du *Curculio* (vv. 721-722. V. 3, 43-44) dans lequel le *leno* Cappadox, poursuivi par plusieurs créanciers, déclare qu'il les paiera chez son banquier, le préteur : *Ad trapezitam meum, ad praetorem. Nam inde rem solvo omnibus quibus debeo.*

[4] A moins que le *leno* ne songe à la torture qui pourrait peut-être, — exceptionnellement, — lui être infligée en sa qualité d'étranger ? Cf. Meier-Schœmann-Lipsius, II, pp. 896-898. Mais ce n'est guère vraisemblable.

[5] Swoboda, *l. c.*, pp. 232 et sqq. Meier-Schœmann-Lipsius, p. 698 ; Thalheim, *op. cit.*, p. 134.

[6] Que celui-ci a déjà repris, semble-t-il (vers 784). *Supra*, p. 179. Nous avons encore là une incohérence qui atteste les remaniements particulièrement fâcheux subis par le second dénouement.

[7] Le vers 1409 étant mutilé, on ne sait trop comment l'interpréter. Voy. *supra*, p. 174.

[8] Meier-Schœmann-Lipsius, II, p. 912.

[9] Ulp., *Dig.*, 2, 15, fr. 7, 14 : De furto pacisci lex permittit.

Nous trouvons ici, semble-t-il, un trait romain et un trait grec.

1° Un trait romain : *apud me*. Il s'agit d'un mode de détention privé ; le voleur sera écroué chez le volé : cela nous reporte à l'institution des prisons privées, étrangère au droit attique du IVe siècle, mais bien connue du vieux droit romain. C'est sans doute à la même institution que font allusion Antamonides et Agorastocles (vers 1399 et 1411) lorsqu'ils laissent entendre à l'entremetteur qu'on le mettra *in nervom (priusquam in nervom abducere)*[1] au moins pendant quelque temps : *(quando ex nervo emissus)*.

2° Un trait grec : *lignea custodia*. Pourquoi une prison *de bois* ? Ces mots ne se rapportent à aucune particularité précise de la technique pénitentiaire romaine[2]. Mais le mot grec ξύλον[3] s'emploie parfois pour désigner la ποδοκάκη[4], et nous savons que l'exposition ἐν τῷ ξύλῳ peut être ordonnée par les héliastes, à titre de peine accessoire, lorsqu'ils prononcent une condamnation sur une δίκη κλοπῆς. Il arrive même que l'on désigne aussi en latin du nom de *ligneae soleae*[5] les entraves qu'on met aux pieds des prisonniers. Plaute a sans doute traduit par *in lignea custodia* les mots ἐν τῷ ξύλῳ qui figuraient dans son modèle. Cette hypothèse, si elle était vérifiée, nous fournirait un indice nouveau attestant l'exercice contre Le Loup d'une δίκη κλοπῆς (et non d'une ἀπαγωγή) ; peut-être même conduirait-elle à penser que la pièce grecque n'admettait pas de transaction entre Agorastocles et Le Loup, et que la δίκη κλοπῆς y aboutissait à une condamnation. Toutefois cette dernière idée ne paraît pas susceptible de vérification.

[1] Le vers 722 du *Curculio* prouve bien que Plaute emploie les mots *in nervom* pour désigner la prison privée : « Ego te in nervom, haud ad praetorem hanc rapiam, ni argentum refers. » On remarquera les analogies qui existent entre le dénouement du *Pœnulus* et celui du *Curculio*.

[2] Voy. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, notamment aux pp. 297 et sqq. Herzog, v° *Custodia*, dans la *Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa, IV, p. 1897.

[3] L'expression ἐν τῷ ξύλῳ est technique. Voy. p. ex., chez les orateurs Dem., *c. Timokr.*, 146, p. 743 a ; Lysias, X, 16, etc. ; et, chez les comiques, Arist., *Eq.*, 705 ; 1049 précisément à propos d'une γραῦς κλοπίς ; *Nub.*, 591 ; Polyzelus, *Demetriadareus*, fr. 3 (Kock, I, p. 791). Menand., *Periketromené*, éd. Koerte, [illegible] 158. Dans la comédie ancienne, on trouve aussi l'expression analogue [illegible] Chatines, *Nemesis*, fr. 115, Kock, I, p. 50, et Arist., *Plut.*, v. 606.

[4] Poll., VIII, 72 (Ed. Dindorf, II, p. 132) : [illegible] Hiller, *Die Asylnomeninschrift von Pergamon*, *Zeitschr. der Sav.-Stiftung*, XXVI (1905), R. A., p. 446, 4.

[5] Auctor ad Herenn., I, 13, 28, reproduit par Cic., *De invent.*, II, 50, 148.

La juxtaposition d'éléments disparates dans cette scène finale contribue ainsi à lui donner cet aspect incohérent et décousu que nous avons déjà remarqué. Mieux vaut n'en pas faire état comme source d'information sur le *furtum*.

9

Dans tout le théâtre romain, le *Pœnulus* est la pièce qui nous fournit les renseignements les plus abondants et les plus décisifs sur le *furtum*. Mais il existe encore, dans le reste du théâtre du VIe siècle, plusieurs allusions au même sujet. Nous devons les glaner, bien que leur brièveté et leur obscurité leur enlèvent une partie de leur prix.

Sur le vol de nuit, nous ne trouvons à citer que deux passages insignifiants, qui peut-être même sont étrangers à cette matière, puisque le mot *nox* n'y a été introduit que par une conjecture de Scaliger[1] :

Rudens, v. 110-111 (I, 2, 22-23) :
Quid tu id quaeritas?
quon furatum mox (nox?) venias, vestigas loca?

Trinummus, v. 864 (IV, 2, 22) :
Credo edepol quo mox (nox?) furatum veniat speculatur loca.

Sur le vol manifeste commis de jour, nous possédons quelques témoignages, malheureusement peu clairs. Dans un endroit de l'*Aululaire*, il est question de la procédure sommaire qui s'applique à ce vol. L'avare Euclion l'emploie contre un coq, coupable de gratter la terre près de la place où son trésor est enfoui. D'un coup de bâton, sans autre forme de procès, Euclion l'occit comme un voleur pris sur le fait.

Vers 467-469 (III, 4, 8, 11) :
Ubi haec erat defossa, occepit ibi scalpurrire ungulis
circum circa. Quid opust verbis? ita mihi pectus peracuit :
capio fustem, obtrunco gallum, furem manifestarium.

Evitons toutefois de trop insister sur la portée juridique de cette

[1] Approuvée par Fleckeisen, *Nox als adverbium bei Plautus*, dans ses *Jahrbücher für classische Philologie*, XL (1894), pp. 849-852.

procédure[1]. Euclion avait-il strictement le droit de tuer comme *fur manifestus* un coq qui ne pouvait guère, vu les habitudes de ses pareils, être un *fur nocturnus*, et pas davantage, — à moins qu'il résistât à coups d'ergots — un *fur qui telo se defendit*?

Moins équivoque paraît le passage (*Pœn.*, v. 832-833. IV, 2, 10-11) où l'esclave d'un proxénète décrit en termes pittoresques la société mélangée qui fréquente chez son maître. On y rencontre, dit-il, toutes sortes de gens, gens de cheval et gens de pied, affranchis, filous ou esclaves marrons, — au choix, — *verberati, vincti, addicti :*

> Equitem peditem, libertinum, furem an fugitivom velis,
> verberatum, vinctum, addictum.

Il semble que Plaute ait groupé plaisamment dans ces vers plusieurs énumérations techniques contenues dans des textes juridiques connus. *Furem an fugitivom* est tiré du formulaire des stipulations usuelles en matière de vente d'esclaves[2]. *Verberatum vinctum addictum* est sans doute extrait des préceptes législatifs qui organisent la répression du *furtum manifestum*. Le passage n'est pas traduit du grec ; la mention de l'*addictus* le prouve suffisamment.

Ailleurs un valet s'entretient avec un cuisinier de louage, et le met en garde contre les tentations de friponnerie qui pourraient l'assaillir. « Si quelque chose disparaissait, on ne manquerait pas de dire : Les cuisiniers ont fait le coup! qu'on les empoigne, qu'on les garrotte, qu'on les fustige, qu'on les jette dans une fosse! »

> *Aulul.*, v. 346-347 (II, 5, 20-21) :
> Dicant : coqui abstulerunt, comprehendite,
> vincite, verberate, in puteum condite

Le cuisinier à qui s'adresse ce discours n'est pas l'esclave de

[1] De même, dans la comédie grecque, on trouverait des exemples d'une procédure sommaire, mais fantaisiste, employée contre un voleur manifeste. Voy. les anecdotes contées par Aristoph. *Acharn.*, v. 271-275; *Vesp.*, v. 449-451; *Ranae*, v. 601 et sqq.

[2] Remarque, à notre sens très juste, faite par Schwiu, p. 30, n. 1. On pourrait noter, chez les comiques latins, plusieurs autres allusions à ce formulaire, dans des passages où le *furtum* et la *fuga* se trouvent encore réunis. Ainsi *Pseudolus*, v. 365 (I, 2, 13) : Calidoro. Fur! — Ballio. Babae. — Pseudolus. Fugitivi! — Ballio. Bombax. Voy. de même les invectives du *Bacchides* (*Persa*, v. 421, III, 3, 17 : Furax fugax), et Térence (*Phormio*, v. 191 (I, 4, 14) : Quam... hic fugam aut furtum parat.

l'homme qui l'emploie; il arrive du forum, où on l'a embauché pour préparer un repas de noces[1]; il ne peut être question contre lui que d'une répression régulière. Mais alors la répression prévue au texte, et qui est celle d'un *furtum manifestum*, tombe à faux : car le vol qu'on impute à une personne sur de simples soupçons n'est jamais qu'un *furtum nec manifestum*. Cependant l'emploi de la terminologie technique romaine, en une matière où il n'existe pas de terminologie grecque correspondante, paraît exclure l'idée d'une traduction.

La même incohérence juridique se retrouve dans un passage des *Captifs* où il s'agit aussi d'un vol non flagrant. Le jeune Tyndarus, jadis enlevé et vendu comme esclave par Stalagmus, se retrouve en face de son ravisseur. « Voilà, lui dit-on, l'homme qui t'a volé quand tu étais petit! — Mais j'ai grandi, réplique Tyndarus, et, tout grand qu'il est, je le livrerai au bourreau, comme voleur » *(Captivi*, v. 1018-1019. V, 4, 21-22) :

Hic fur est tuos, qui parvom hinc te abstulit.
— At ego hunc grandis grandem natu ob furtum ab carnificem dabo.

La peine de mort se comprend mal. Peut-être avons-nous ici du droit grec : à Athènes, les voleurs d'enfants et d'esclaves (*ἀνδραποδισταί*) tombaient sous le coup de l'*ἀπαγωγή* et s'exposaient à la peine capitale. A moins qu'il ne faille voir dans le supplice que promet Tyndarus à son ravisseur, non point une répression légale, prévue et réglementée par le droit de la cité, mais une répression domestique exercée arbitrairement par le maître contre son esclave? En effet Stalagmus est esclave du père de Tyndarus[2].

Nous possédons un autre passage où l'idée d'un vol domestique explique sans doute certaines anomalies juridiques. Dans l'*Asinaire*, deux esclaves se congratulent réciproquement des hauts faits qu'ils ont mis à leur actif. Leonida rappelle à Libanus, entre autres journées glorieuses, celle où il a percé une muraille, et celle où il s'est fait prendre en flagrant délit de vol.

Asinar., v. 563 (III, 2, 17) :
Ubi parietes perfoderis, in furto ubi sis prehensus[3].

[1] *Aulul.*, v. 280-281 (II, 4, 1-2).

[2] Remarquons que le passage est interpolé. Les vers 1016-1022 des *Captivi* appartiennent à un remaniement postérieur à Plaute.

[3] On peut soupçonner ici une traduction littérale du grec. Le τοιχωρύχος est un des κακοῦργοι que la loi soumet expressément à l'ἀπαγωγή, au cas de flagrant délit.

A son tour Libanus, luttant de courtoisie avec Leonida, lui fait gloire d'exploits plus mémorables encore (v. 569. III, 2, 23) :

Ubi prensus in furto sies manifesto et verberatus.

A Rome, l'esclave pris sur le fait encourt en effet la peine des verges[1]; mais nous savons qu'il est ensuite mis à mort. La répression indiquée ici est donc incomplète en droit romain; elle l'est aussi en droit grec, où l'esclave pris ἐπ' αὐτοφώρῳ ne subit aucune *verberatio*, et où l'ἀπαγωγή entraine la mort. Sans doute le vol dont Libanus fait gloire à Leonida n'était qu'un vol domestique, commis par cet esclave au détriment de son maître, et puni arbitrairement.

Nous ne trouvons pas seulement dans les comédies de Plaute des traces de la répression familiale ou légale du vol. On y rencontre aussi le souvenir du recours aux puissances surnaturelles employé parfois pour tirer vengeance de vols impunis[2]. Dans l'*Aululaire*, Euclion invoque Apollon, en lui demandant de percer de ses flèches les voleurs de trésors.

Aulul., v. 394-395 (II, 8, 24-25) :
Apollo, quaeso subveni mi atque adiuva,
confige sagittis fures thensaurarios.

Mais, pour échapper à ceux qui les poursuivent, les voleurs peuvent à leur tour s'adresser à une divinité protectrice, Laverna, que Plaute mentionne à trois reprises[3], notamment dans un fragment de la *Cornicula*[4].

Mihi Laverna in furtis celebrassit manus.

10

Nous avons évité jusqu'à présent les généralisations relatives à la notion du *furtum*. Nous entendons ne pas sortir de cette

[1] *Supra*, p. 56.

[2] Huvelin, *Magie et droit individuel*, *Ann. sociologique*, X (1907), pp. 43 et sqq.

[3] Dans la *Cornicula*, dans l'*Aulularia* (v. 445. III, 2, 31), et dans un fragment de la *Frivolaria* (Festus, v° *Sultis*, éd. M., p. 301; Leo, *Plaut. comoediae*, II, p. 58).

[4] Nonius, 134 : Laverna dea cui supplicant fures. Leo, II, p. 533 [illegible] Festus, v° *Laverniones*, éd. M., p. 117; éd. Th., p. 84 : Laverniones fures antiqui dicebant quod sub tutela deae Lavernae essent, in cuius lucos clandestini latrones solitos furta praedamque inter se luere. Hinc et Lavernalis porta vocata est. Servius, Comm. sur Hor., *Ep.*, I, 16, 60. Goetz, *Corp. glossariorum latinorum*, VI, p. 64, v° *Laverna*.

réserve[1]. Mais du moins, puisque nous collectionnons des textes, devons-nous rassembler tous ceux qui peuvent jeter quelque lumière sur cette notion. Nous transcrirons successivement, sans autres commentaires que ceux qui sont indispensables pour les entendre, les témoignages de Plaute ou de Térence qui présentent le *furtum* comme résultant d'une dénégation, d'un refus de restituer, d'une *infitiatio*, ou d'une *prohibitio;* — ceux qui le présentent comme résultant d'une dissimulation; — enfin ceux qui le présentent comme résultant d'une soustraction. A côté de passages significatifs déjà relevés dans le *Pœnulus*, nous placerons plusieurs autres passages que semblent avoir très généralement négligés jusqu'ici les historiens du *furtum*.

1° Le *furtum* considéré comme dénégation, *infitiatio*, refus de restituer.

Pœnulus, v. 182 et sqq. :

Continuo tibi
negabit. Quin tu dubitas, quin extempulo
dupli tibi auri et hominis fur leno siet?

V. 563 et sqq. :
Ille *negabit:* Milphionem quaeri censebit tuom;
id duplicabit omne furtum.

V. 763 et sqq. :
Extemplo *denegabit*. — Juratus quidem.
— Homo furti se adstringet.

V. 765 et sqq. :
Tuorum apud me nemost nec quicquam tui.
— Mementote illud, advocati!...
*Negas*ne apud te esse aurum, nec servom meum?
— *Nego*...
— Periisti, leno!

2° Le *furtum* résultant d'une *prohibitio*.

Térence, *Eunuch.*, v. 808-809 (IV, 7, 39-40).

Le soldat Thraso, aidé du parasite Gnatho, veut enlever une jeune fille dont il se prétend propriétaire. Le jeune Chrémès s'y oppose.

[1] Nous nous garderons, p. ex., de nier que l'on pût, comme le *leno* Lycus, être voleur sans être de mauvaise foi. Nous éviterons ainsi de tomber dans l'erreur commise par certains auteurs (p. ex. Francken, p. 159), qui critiquent l'intrigue juridique du *Poenulus* en partant de la notion *moderne* du vol.

THRASO. Tun me *prohibeas*
meam ne tangam?
CHREMES. *Prohibebo*, inquam.
GNATHO. Audin tu? hic furti se adligat[1].

A notre connaissance, il n'existe aucun texte de la comédie grecque dans lequel la κλοπή soit présentée comme résultant d'une *infitiatio* ou d'une *prohibitio*. Nous n'en avons rencontré ni dans la comédie moyenne ou nouvelle, ni même dans la comédie ancienne.

3° Le *furtum* considéré comme dissimulation, délit clandestin.

Pœnulus, v. 175 et sqq. :
... (ut dicat)...
locum sibi velle liberum praeberier,
ubi nequam faciat *clam*, ne quis sit arbiter.
Leno ad se accipiet...
celabit hominem et aurum

V. 662-663 :
At enim hic *clam furtim* esse volt, ne quis sciat
neve arbiter sit.

V. 1237 et sqq. :
Fures estis ambae...
quia annos multos filias meas *celavistis clam* me.

Bacchides, v. 166-167 (I, 2, 58-59) :
Edepol fecisti furtum in aetatem malum
cum istaec flagitia me *celavisti* et patrem.

Dans le *Rudens* nous rencontrons toute une histoire de vol. En pêchant, Gripus, esclave de Daemonès, a retiré de la mer une valise. Malheureusement pour lui, sa découverte a eu un témoin, Trachalio, qui entreprend de le faire chanter pour partager l'aubaine.

Rudens, v. 954 et sqq. (IV, 3, 17 et sqq.) :
TRACH. Furtum ego vidi qui faciebat :
noram dominum, id cui fiebat.
post ad furem egomet devenio
feroque ei condicionem hoc pacto :

[1] Sur ce passage, cf. JOBBÉ-DUVAL, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, 1896, pp. 315-316.

« Ego istuc furtum scio cui factum est :
nunc mihi si vis dare dimidium,
indicium domino non faciam[1]. »
Is mihi nihil etiam respondit...

Ainsi Trachalio appelle *furtum* la trouvaille faite par Gripus. Celui-ci ne proteste pas contre cette qualification, sans doute parce qu'il est décidé à ne pas rendre la valise. Mais il se refuse obstinément au partage. Trachalio insiste. « Si le maître de la valise se présentait, dit-il, je serais tout aussi compromis pour l'avoir vu prendre que pour l'avoir prise[2]. Pourquoi donc ne participerais-je pas au bénéfice de l'aventure, puisque je participe à ses risques? »

V. 1020-1029 (IV, 3, 80-89) :

TRACH. Numqui minus,
si veniat nunc dominus cuiust, ego qui inspectavi procul
te hunc habere, fur sum quam tu?
GRIP. Nihilo.
TRACH. Mane, mastigia :
quo argumento socius non sum et fur sum? fac dum ex te sciam.
GRIP. Nescio, neque ego istas vestras leges urbanas scio,
nisi quia hunc meum esse dico.
TRACH. Et ego item esse aio meum[3].
GRIP. Mane, iam repperi quo pacto nec fur nec socius sies.
TRACH. Quo pacto?
GRIP. Sine me hinc abire, tu abi tacitus tuam viam ;
nec tu me cuiquam indicassis neque ego tibi quicquam dabo ;
tu taceto, ego mussitabo.

Les deux compères conviennent enfin de s'en rapporter à un arbitre. L'arbitre choisi se trouve être Daemonès. Gripus conjure

[1] Cf. ARISTOPH., *Plutus*, v. 369-370 : Blepsidemos croit que Chremylos a volé de l'argent dans un temple. Chremylos lui répond :

Σὺ μὲν οὖν ὁ κρώζεις· ὡς ἐμοῦ τι κεκλοφότος
ζητεῖς μεταλαβεῖν.

Voyez aussi l'historiette du vieillard Battus, racontée par OVIDE, *Met.*, II, 674-707.

[2] « Je ne serais pas moins voleur que toi », dit Trachalio. Voilà donc un vol, (gardons-nous de parler ici de complicité! Cf. *infra*, c. X, §§ 8 et sqq.) qui résulterait du silence gardé par Trachalio. Aussi le rangeons-nous sous l'étiquette : « *Furtum* résultant d'une dissimulation ».

[3] Notons ici la *vindicatio* et la *contravindicatio*, déjà relevées par COSTA, *op. cit.* p. 434, a.

son maître de conserver la valise en la cachant. Daemones repousse la proposition avec indignation.

V. 1244-1245 (IV, 7, 18-19) :
Egone ut quod ad me allatum esse alienum sciam,
celem?

Et, Gripus parti, il fait cette réflexion : « Si nos esclaves deviennent des fripons, c'est par notre faiblesse. Si, au lieu d'avoir affaire à moi, Gripus avait eu affaire à quelque esclave de son espèce, il l'aurait entraîné avec lui à commettre un *furtum*. » V. 1259-1260 (IV, 7, 33-34) :

Nam illic cum servo si quo congressus foret,
et ipsum sese et illum furti adstringeret.

Il est très difficile de décider jusqu'à quel point Plaute s'est inspiré ici de la pièce de Diphile qui lui a servi de modèle. Pour la procédure de l'arbitrage, il a dû la traduire d'assez près[1] ; mais pour la notion du *furtum*, il n'a guère pu prendre le contre-pied des mœurs et des institutions familières à son public[2].

C'est encore à l'idée du vol considéré comme acte clandestin qu'on peut rattacher les passages qui opposent le *furtum* à l'enlèvement violent (*rapina*) :

Pœn., v. 1385
Leno. rapacem te esse semper credidi,
verum etiam furacem qui norunt magis.
Epidicus, v. 11 (I, 1, 11) :
THESPRIO. Minus iam furtificus sum quam antehac.
EPIDICUS. Quid ita?
TH. Rapio propalam.

Cette dernière opposition n'est point étrangère à la comédie grecque, sinon à la νέα ou à la νεα, pour lesquelles nous ne con-

[1] Voy. p. ex. l'allusion au triobole contenue dans le vers 1039 (IV, 5, 100), très évidemment traduite du grec. Remarquons d'ailleurs que la scène du différend entre Gripus et Trachalio n'est pas sans analogie avec la scène du différend entre Syriskos et Daos dans les Ἐπιτρέποντες de Ménandre. Dans les deux cas l'on se dispute la possession de γνωρίσματα qui peuvent faire reconnaître un enfant perdu et dans les deux cas l'arbitre choisi (Daemonès, Smikrinès) se trouve être un proche parent de cet enfant. Le motif de l'arbitrage se rencontre fréquemment dans la comédie nouvelle. Par E. Legrand, *Daos*, p. 238.

[2] M. Leo vient même de démontrer (*Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 118, 2) que la tentative de chantage de Trachalion est une invention de Plaute.

naissons pas de témoignage en ce sens, du moins pour l'ἀρχαία Dans le *Plutus* d'Aristophane, Blepsidemos accuse Chremylos de vol. Celui-ci se défend. Blepsidemos insiste : « Si ce n'est pas vol, est-ce donc rapine ? » « Μῶν οὐ κέκλοφας, ἀλλ' ἥρπακας[1] ; ». Mais nous n'avons trouvé, même dans l'ἀρχαία, aucun texte qui désigne comme κλοπή le fait de *cacher*, de *dissimuler quelque chose*[2].

4° Il existe enfin chez Plaute et Térence bon nombre de témoignages qui présentent le *furtum* comme résultant d'une soustraction. Transcrivons ou notons ici les principaux :

Aulul., v. 82-83 (I, 2, 4-5) :
An ne quis aedes auferat ?
Nam hic apud nos nihil est aliud quaesti furibus

V. 96-97 (I, 2, 18-19) :
Quae utenda vasa semper vicini rogant,
fures venisse atque abstulisse dicito.

V. 633-634 (IV, 4, 6-7) :
EUCL. Non fur, sed trifur !
STROB. Quid tibi surrupui ?
EUCL. Redde huc sis.

V. 760 et sqq. (IV, 10, 30 et sqq.) :
EUCL. Surripuisti meum.
LYC. Surripui ego tuom ? unde ? aut qui id est ?...
EUCL. ... I, refer. Dimidiam tecum potius partem dividam.
Tam etsi fur mihi es, molestus non ero. I vero, refer.
LYC. Sanus tu non es, qui furem me voces...
EUCL. Dic bona fide : tu id aurum non surripuisti ?
LYC. Bona.
EUCL. Neque < eum > scis qui abstulerit ?
LYC. Istuc quoque bona.
EUCL. Atque id si scies
qui abstulerit, mihi indicabis ?
LYC. Faciam.
EUCL. Neque partem tibi
ab eo qui habet indipisces neque furem excipies ?
LYC. Ita.

[1] V. 372. De même dans une comédie de MYRTILUS (fragment rapporté par PHRYNICHUS, *Epit.*, p. 433. KOCK, I, p. 254, fr. 4) : ὡς ὁ μὲν κλέπτης, ὁ δ' ἅρπαξ...

[2] Notons, pour éviter toute confusion, qu'on trouve des textes où l'on parle de voleurs qui se cachent. P. ex. ARISTOPH., *Plut.*, 565-566 :

Πάνυ γοῦν κλέπτειν κόσμιόν ἐστιν καὶ τοὺς τοίχους διορύττειν.
— Νή τὸν Δί' εἰ δεῖ γ' αὐθεῖν αὐτόν, πῶς οὐχὶ κόσμιόν ἐστιν ;

Bacchides, v. 656-657 (IV, 4, 11) :
Improbis cum improbus sit, harpaget furibus,
furetur quod queat.

Menaechmi, v. 130 (I, 2, 21) :
Hanc modo uxori intus pallam surrupui, ad scortum fero.

qu'on rapprochera du v. 170 (I, 2, 60) :

Quid igitur? quid olet? responde — Furtum, scortum, prandium.

Pseudolus, v. 895 (III, 2, 105) :
Ita in aedibus sunt fures, praedo in proxumo est.

Rudens, v. 382-385 (II, 3, 51-54) :
Qui it lavatum
in balineas, cum ibi sedulo sua vestimenta servat,
tamen surripiuntur, quippe qui quem illorum observet falsust;
fur facile qui observat videt ; custos qui fur sit nescit [1].

Truculentus, v. 101 et 107 (I, 2, 8 et 15). Il faut se méfier, dit Astaphium, des galants qui fréquentent chez une courtisane. Tandis que l'un embrasse la belle, les autres font main basse sur le mobilier :

Oenus eorum aliqui osculum amicae usque oggerit, dum illi
agant ceteri cleptae.

Heureusement la courtisane finit toujours par avoir sa revanche :

At ecastor nos rursum lepide referimus gratiam furibus nostris.

V. 566-567 (II, 7, 15-16) :
haec cum video fieri, suffuror suppilo,
de praeda praedam capio.

Dans les prologues de Térence, le mot *furtum* s'emploie d'une façon toute spéciale et dont nous ne trouvons pas, même beaucoup plus tard, d'équivalent dans la langue juridique. Térence entend par *furtum*, non le fait de soustraire et s'approprier une chose matérielle, mais le fait de s'approprier une idée (une œuvre littéraire par exemple), c'est-à-dire le plagiat.

Adelphoe, *Prol.*, vers 12-14.

[1] L'original grec visait ici une catégorie spéciale de [illegible], dont la loi faisait mention sous le nom de [illegible] (Lysias, I, p. 78 Sauppe, p. 147, 6 A). Les [illegible] exerçaient souvent leurs talents dans les [illegible] publics. Hesych. v° [illegible]. On trouve aussi l'expression [illegible] ; Gaius, C. Gr. Lat. II, p. 255 [illegible] : fur balnearius.

Térence se défend contre certains soupçons d'indélicatesse. Son devancier, Plaute, avait négligé, dans sa pièce des *Commorientes*, imitée des Συναποθνήσκοντες de Diphile, d'utiliser un certain épisode. Térence a donc pu reprendre à bon droit cet épisode, sans s'exposer au grief de *furtum* :

> pernoscite
> furtumne factum existumetis an locum
> reprensum, qui praeteritus neclegentiast.

De même dans l'*Eunuchus*, *Prol.*, vers 23-24 et 27-28. Térence a traduit cette pièce de l'Εὐνοῦχος, de Ménandre; mais il a emprunté au Κόλαξ, du même auteur, les personnages du *miles* et du parasite. D'où grand courroux d'un envieux, qui, remarquant que Naevius et Plaute avaient écrit chacun un *Colax* imité de Ménandre, accuse Térence de vol :

> Exclamat furem, non poetam fabulam
> dedisse...

Contre cette imputation, Térence plaide la bonne foi :

> Si id est peccatum, peccatum inprudentiast
> poetae, non quo furtum facere studuerit[1]...

On notera, comme un fait caractéristique, que Térence est accusé de vol, non point pour avoir traduit sous son nom des comédies d'auteurs grecs, mais seulement pour s'être rencontré dans ses adaptations avec d'autres comiques latins[2].

Les comiques grecs n'attribuent presque jamais au mot κλοπή d'autre sens que celui de *soustraction*. L'ἀρχαία, il est vrai, admet quelques exceptions, souvenirs d'un passé aboli; nous les avons déjà relevées[3]; et, pour la μέση et la νέα, nous disposons de peu de témoignages où figurent les mots κλοπή et κλέπτειν avec des accep-

[1] Voy. aussi les vers 30-34 :

> Colax Menandrist : in east parasitus colax
> et miles gloriosus : eas se non negat
> personas transtulisse in Eunuchum suam
> ex Graeca; sed eas ab aliis factas prius
> latinas scisse sese, id vero pernegat.

Sur la vraisemblance de cette défense, voy. Fabia, *Les prologues de Térence*, 1888, p. 225.

[2] Cf. Fabia, p. 221.

[3] Voy. aussi les passages dans lesquels κλοπή s'entend d'un *abus de confiance*, p. ex. Aristt., *Eq.*, 1224 et 1226; *Vesp.*, 1100; *Pax*, 1234; *Thesm.*, 811.

tions définies[1]. Néanmoins, nous pouvons affirmer que dans l'ensemble ces deux mots semblent bien correspondre aux mots français *soustraire* et *soustraction*[2]. Et, si Térence prend *furari* dans l'acception de *s'approprier une chose immatérielle (une idée)*, Aristophane avant lui avait déjà employé κλέπτειν de la même façon[3].

II

Tels sont les principaux passages sur le *furtum* qu'on peut relever chez les auteurs dramatiques du VIe siècle. Une chose est faite pour surprendre, c'est qu'il ne soit jamais expressément question, dans aucun de ces passages, du *furtum nec manifestum* et de sa répression[4]. Nulle part nous n'avons rencontré l'expression *fur-*

[1] Nous en avons consulté les fragments dans l'édition Kock, *Comicorum atticorum fragmenta*, t. II et III (1884-1888); pour les nouveaux fragments de Ménandre, nous avons dépouillé l'édition Körte (1909), sans y trouver aucune allusion à la κλοπή que nous pussions utiliser.

[2] En éliminant les passages qui visent certaines catégories spéciales de voleurs (p. ex. les τοιχωρύχοι : Arist., *Ranae*, 773, 808; *Eccl.*, 438, *Plut.*, 165, 204; 565, 910, 939; 1141; — les λωποδύται : Arist., *Aves*, 497, *Thesm.*, 817; *Ranae*, 772; 1070; *Eccl.*, 565; *Plut.*, 165; Menand., *Epitrepontes*, 95, — les βαλλantιοτόμοι : Arist., *Ranae*, 772; — les ἀνδραποδισταί : Arist., *Eq.*, 1030; *Thesm.*, 8-8) — et certains passages où l'imputation de κλοπή n'a pas de portée définie (= Arist., *Eq.*, 296; 370; 444; 1147; 1239; 1252; *Nub.*, 591; *Vesp.*, 759, 908; 932, 953, 1007; *Pax*, 502, 731, *Thesm.*, 1112; *Ranae*, 605; 611, 614; *Eccl.*, 608, 667; *Plut.*, 27, 665; Apollod., Kock, III, p. 292, 1, Nikol., Kock, III, p. 384, 33; Menand., *Hypobolimaios*, fr. 481, 10, Kock, III, p. 138) —, notre allégation (κλοπή = *soustraction*, κλέπτειν = *soustraire*) s'appuie sur les textes suivants : Cratinus, *Thressae*, fr. 73 et 74, Kock, I, pp. 35-36); Arist., *Acharn.*, 272; *Eq.*, 102; 110; 420, 436; 1204; *Vesp.*, 238; 354; 357; 363, 449; 1369; 1447; *Pax*, 414; *Lysistr.*, 491; *Thesm.*, 813; 891; *Eccles.*, 275; 661; *Plut.*, 356; 369; 388.

[3] Aristoph., *Vespae*, 57, parle en effet de *plaisanteries volées à Mégare* (γελοῖα Μεγαρόθεν κεκλεμμένα). De même, si l'on s'en rapportait à certaines conjectures adoptées par Meineke (*Fragm. comic. graec.*, V, 590, 8), Phrynichus aurait donné dans son *Monotropus* le nom de ζωός à Syrakosios, parce que celui-ci, en faisant rendre le décret μὴ τὸν κωμῳδὸν ἐξ ἀστράτου, avait enlevé aux auteurs comiques leur meilleure source d'inspiration. Mais le texte en question est corrompu; il n'est même pas sûr qu'il faille y lire le mot ζωός. Cf. Kock, I, pp. 377-378, fr. 26.

[4] On pourrait encore, à la rigueur, rapporter à une action *furti non manifesti* un passage de l'*Aululaire* (vv. 316-319, II, 4, 37-40), dans lequel un esclave à Euclion raconte sur son maître une anecdote caractéristique :

> Pulmentum pridem ei eripuit miluos :
> homo ad praetorem plorabundus devenit
> infit ibi postulare plorans, eiulans
> ut sibi liceret miluom vadarier.

Euclion ne peut imputer au milan qui lui a enlevé son pulmentum qu'un *furtum non*

tum nec manifestum; nulle part, sauf dans trois vers équivoques du *Pœnulus* et de *Casina*, nous n'avons rencontré la *pœna dupli* frappant le vol non flagrant; et même, dans plusieurs endroits où nous avons admis, vu les circonstances, qu'il s'agissait d'un *furtum nec manifestum*, nous avons constaté que la répression indiquée se

manifestum : car il ne l'a pas arrêté sur le fait. Il ne peut intenter contre lui l'action *bonorum vi raptorum*, qui n'existe pas encore : et l'ensemble du développement exclut l'idée d'une action publique (Debray, *Le vadimonium sous les actions de la loi. Nouv. Rev. Hist.*, XXXIV (1910), p. 523, 1). Mais alors le passage soulève des difficultés. Le milan a disparu. Comment lui demander des *vades?* On sait que le droit romain, au temps des actions de la loi, ne donne qu'une *missio in possessionem* contre le défendeur *qui fraudationis causa latitat* (Girard, *Manuel*[5], p. 994, 3). Et comment expliquer surtout cette espèce d'autorisation qu'Euclion semble devoir solliciter du préteur (infit ibi postulare... ut sibi *liceret...*) pour exiger le *vadimonium* de son adversaire? Cette difficulté a échappé à M. Fliniaux, *Le vadimonium*, thèse, Paris, 1908, et n'a été signalée que par M. Debray, (*l. c.*, p. 527), qui renonce d'ailleurs à la résoudre. En effet, sur le terrain du droit romain, on aboutit à une impasse. Mais il y a peut-être une issue sur le terrain du droit grec. Sans doute, comme il arrive souvent (Debray, p. 525), Plaute ne s'est pas servi ici du verbe *vadari* dans son acception étroite et technique; il l'a pris seulement dans le sens de « citer en justice », probablement pour traduire un texte grec qui employait, soit le verbe κατεγγυᾶν (cf. Partsch, *Hermes*, XXV, 1910, p. 603), soit même le verbe προσκαλεῖσθαι (ou καλεῖσθαί), et qui visait la procédure en usage contre les absents. Cette procédure existait dans le droit hellénique du temps où fut écrit l'original de l'*Aululaire* (Le Δύσκολος de Ménandre? Geffcken, *Studien zu Menander*, Progr. Hamburg, 1898, p. 9; cf. Legrand, *Pour l'histoire de la comédie nouvelle*, I (*Rev. des études grecques*, XV, 1902), p. 357, et *Daos*, pp. 16-17). Nous en trouvons une trace dans l'un des édits du roi Antigone pour Téos et Lebedos (vers 303 av. J.-Chr.). Ces édits avaient pour but de régler la condition juridique des habitants des deux cités après leur synœcisme (Hitzig, *Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe*, Zurich (1907), pp. 20-21); ils avaient notamment organisé, pour terminer les litiges pendants entre Téiens et Lébédiens, des voies de droit qui ne devaient s'appliquer que durant une année. Toutefois, comme il eût été injuste de refuser le bénéfice de ces voies de droit aux demandeurs qui n'avaient pu agir en temps utile parce que leurs adversaires étaient absents, on avait organisé en leur faveur une sorte de procédure par défaut décrite dans les termes suivants (Dittenberger, *Sylloge inscriptionum graecarum*[3], I (Leipzig, 1898), n° 177, § 7, p. 285, l. 40 et sqq.) : [Ἐὰν δέ τι]ς τῶν ὑμετέρων ἢ τῶν Λεβεδίων μὴ ἐπιδημῇ ἐν ταῖς προθεσμίαις, ἐξ[έστω τὸν ἀποδημοῦντα προ]σκαλέσασθαι ἀπὸ τοῦ ἀρχείου καὶ ἀπὸ τῆς οἰκίας, δηλοῦντα τῶι [ἄρχοντι.....] ἢ ἐναντίον κλη τόιρ)ων δύο] ἀξιό[χ]ρεων. Ainsi, malgré l'absence du défendeur, la πρόσκλησις sera dirigée contre lui, — comme d'ordinaire, en présence de deux témoins (Meier-Schœmann-Lipsius, II, p. 772). — soit à son domicile, soit dans le local où siège le magistrat (ἀρχεῖον) : le demandeur fera certaines déclarations et administrera certaines preuves au magistrat (peut-être justifiera-t-il sa demande? Lipsius, dans Meier-Schœmann-Lipsius, II, p. 786, n. 100 a, insère dans la lacune qui suit τῶι ἄρχοντι les mots ὅτι ὀφείλει), et sans doute, par suite, le magistrat pourra refuser de recevoir la

rapprochait plutôt de celle du *furtum manifestum*. Plaute ne semble guère envisager, pour toute espèce de vol, d'autre sanction que le recours à la force brutale, à peine régularisé et tempéré par la loi et les mœurs. On dirait qu'il a écrit dans un milieu qui laissait encore à la vengeance privée son exercice le plus large et le plus libre, et n'acceptait qu'exceptionnellement de lui substituer un système de compositions pécuniaires légales.

Cependant, à en croire certains auteurs, cette conclusion devrait être révisée : même pour le *furtum manifestum*, on en serait arrivé, au VIe siècle, à la phase des compositions légales, et on trouverait déjà dans le théâtre de Plaute des indices de l'existence de la composition légale au quadruple pour vol flagrant. Nous devons examiner cette allégation et étudier les textes sur lesquels elle s'appuie.

C'est dans le *Curculio* (v. 619-620, V, 2, 21-22) que se trouve le principal témoignage que l'on ait voulu interpréter comme se rapportant à la *pœna quadrupli* du *furtum manifestum*[1]. Le passage soulève de grosses difficultés d'ordre juridique.

L'intrigue du *Curculio* ressemble d'assez près, on le sait, à celle du *Pœnulus*. Elle a encore pour point de départ l'antagonisme d'un jouvenceau amoureux et d'un entremetteur cupide, et pour principal ressort le stratagème employé pour duper celui-ci et lui arracher une jolie fille qu'il retient en esclavage. L'amant se nomme Phaedromus, l'entremetteur, Cappadox, l'amante, Planesium. Le rôle du fourbe, que tenait Milphion dans le *Pœnulus*, revient ici à un parasite qui porte le nom significatif de *Curculio* (= charançon) et qui semble d'ailleurs doué d'une imagination moins fertile que son émule, puisqu'il ne trouve à monter qu'une escroquerie, somme toute, assez banale. Ayant appris fortuitement qu'un client de

[illegible], s'il ne la juge pas fondée. Quant aux résultats de la procédure (jugeait-on par défaut ? ou bien se bornait-on à prolonger les délais impartis pour faire valoir le droit du demandeur ?) voyez, en des sens divers, Meyer-Sommerbrodt, Lateinische II, p. 786, et Fredersen, *Analecta epigraphica ad historiam synoecismorum et sympolitiarum* (Diss. Strasbourg), Argentorati, 1885, pp. 31-33. — Nous savons que dans l'original grec de l'*Aululaire*, Euclion employait quelque procédure analogue contre son voleur. Sans doute il demandait au magistrat de faire la consignation contre le milan fugitif.

[1] En ce sens, notamment, Bercking, *Adnot. ad Gai.* III, 189; Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, II, § 106, p. 351, 15.

l'entremetteur, le *miles* Therapontigonus Platagidorus, avait acheté Planesium et devait, pour la payer, disposer sur son banquier Lycon, il fabrique une fausse lettre l'accréditant auprès du banquier, se fait livrer la jeune fille en se donnant pour mandataire du *miles*, et s'empresse de la remettre à Phaedromus. Toujours comme dans le *Pœnulus*, on découvre bientôt que la prétendue esclave était libre de naissance. C'est alors que survient Therapontigonus, de fort méchante humeur : car une conversation avec Lycon et Cappadox lui a révélé quel tour on lui a joué. Il réclame Planesium. On lui répond qu'elle est libre (v. 615 et sqq. V, 2, 17 et sqq.).

PHAEDR. Virgo haec libera est.
THER. Mean ancilla libera ut sit, quam ego numquam emisi manu ?
PHAEDR. Quis tibi hanc dedit mancipio? aut unde emisti? fac sciam.
THER. Ego quidem pro istac rem solvi ab trapezita meo.
Quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam.
PHAEDR. Qui scis mercari furtivas atque ingenuas virgines,
ambula in ius.
THER. Non eo.
PHAEDR. Licet [te] antestari?
THER. Non licet.
PHAEDR. Iuppiter te, miles, perdat, intestatus vivito;
at ego, quem licet, te. Accede huc.
THER. Servom antestari?
CURC. Vide.
Em ut scias me liberum esse. Ergo ambula in ius.
THER. Em tibi.
CURC. O cives, cives!
THER. Quid clamas?
PHAEDR. Quid tibi istum tactio est?
THER. Quia mihi lubitum est,

Ce passage présente de sérieuses difficultés philologiques. Non pas que le sens littéral de chaque phrase prête à l'équivoque. Mais leur enchaînement soulève des doutes; on peut hésiter sur la ponctuation, et sur l'attribution aux personnages en scène des diverses répliques. Naturellement, selon le parti qu'on prend, le sens du dialogue change du tout au tout. Nous avons reproduit, comme d'habitude, le texte de l'édition Leo. C'est d'ailleurs, à quelques détails près, le texte des éditions récentes de Plaute. Il est peu satisfaisant au point de vue juridique.

Déjà Demelius, aux prises avec un texte analogue (celui de

l'édition Ritschl), avait essayé de le couper autrement pour le rendre intelligible[1]. Il avait proposé de lire les vers 618-620 de la façon suivante :

THER. Ego quidem pro istac rem solvi ab trapezita meo.
PHAEDR. Quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam,
qui scis mercari furtivas atque ingenuas virgines.
Ambula in ius.

Il y a, dans cette version, une conjecture qui nous paraît peu défendable : c'est le rattachement du vers 620 (« Qui scis mercari... ») au vers précédent. Demelius traduit alors : « Je tirerai cet argent... de toi..., qui sais trafiquer, etc. » Mais il offense, ce faisant, la grammaire. Car Phaedromus menace de tirer de l'argent *abs te et lenone*, et le singulier *qui scis* se raccorde mal à cette désignation plurale. On n'arriverait à sauver cette conjecture qu'au prix d'une conjecture nouvelle, en corrigeant encore le vers 620[2] : méthode évidemment inadmissible.

Par contre, il y a des raisons sérieuses pour enlever à Therapontigonus le vers 619 (Quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam)[3] : car, dans sa bouche, ce vers n'a aucun sens acceptable, ni en droit grec, ni en droit romain.

Plaçons-nous d'abord au point de vue du droit romain. Pourquoi le *miles* demanderait-il à Phaedromus et au *leno* le quadruple de ce qu'il a payé à ce dernier? Passe encore à Phaedromus. On pourrait prétendre, à la rigueur, que ce dernier, en délivrant la jeune fille que le *miles* croit sienne, commet un *furtum manifestum*[4], et alors on aurait ici un témoignage établissant l'existence d'une *poena* au quadruple pour le vol flagrant dès le temps de Plaute. Mais contre le *leno*, Therapontigonus ne peut alléguer aucun grief de ce genre : car c'est à lui-même que le *leno* a vendu Planesium, et si

[1] DEMELIUS, *l. c.*, p. 352.

[2] Le pluriel « qui scitis » ne peut se défendre, ni au point de vue de la métrique, ni au point de vue du sens (puisque le *leno* n'est pas présent : il n'arrive qu'après le vers 676). « Qui scit » (se rapportant alors au seul *leno*) vaudrait peut-être mieux.

[3] DEMELIUS, pp. 352-353.

[4] Encore est-ce bien invraisemblable. Rien ne prouve que Therapontigonus ait soupçonné à imputer un *furtum* à Phaedromus. Depuis le début de la scène, il n'a eu affaire qu'à Curculio. Phaedromus ne se mêle au débat que pour dire : Virgo haec liberast. Et c'est pour cette assertion qu'on l'accuserait de vol? Cf. DEMELIUS, p. 356.

c'était un *furtum* que de *mercari furtivas virgines*, le *miles* serait aussi coupable pour avoir acheté la jeune fille que le *leno* pour l'avoir vendue. Tout ce qu'il peut reprocher à cet égard au *leno*, c'est de s'être laissé tromper par Curculio. Bien plutôt doit-on songer que le *miles* prétend exercer contre le *leno* une action en garantie de la vente. Mais quelle action en garantie? Ce n'est pas l'action *auctoritatis* au double, car il n'y a pas eu de mancipation. Le *leno* a bien offert de manciper Planesium, mais Curculio n'a pas accepté son offre[1]; et, lorsque Phaedromus demande au *miles* « Quis tibi hanc dedit mancipio? aut unde emisti? » celui-ci ne peut que répondre : « Ego... pro istac .. solvi... » : il n'y a donc eu qu'une tradition servant à réaliser un contrat de vente. Mais alors l'action en garantie à laquelle on pourrait penser serait l'action *ex stipulatu duplae* ou l'action *empti*. L'action *empti* (si elle existait au temps de Plaute) ne fait obtenir que l'indemnité de l'éviction au simple. L'action *ex stipulatu duplae* la fait obtenir au double, mais à condition que la garantie ait été expressément stipulée. Or il apparaît à plusieurs endroits que, si une clause de garantie avait

[1] Vers 494 et sqq. (IV, 2, 8 et sqq.) :

CAPP. ...mancupio tibi dabo.

CURC. Egon ab lenone quicquam
mancupio accipiam, quibus sui nihil est nisi una lingua,
qui abiurant si quid creditum est? alienos mancupatis,
alienos manu emittitis alienisque imperatis,
nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli.
. . . . . .
nec vobiscum quisquam in foro frugi consistere audet :
qui consistit, culpant eum, conspicitur vituperatur...
. . . . . .
Ego mancupem te nil moror nec lenonem alium quemquam.

Le refus de Curculio est assez faiblement motivé. N'est-ce pas précisément avec les gens dont on se méfie le plus qu'il convient, en affaires, de multiplier les garanties? L'ennui de se commettre en justice avec un homme sans scrupules n'est-il pas contre-balancé, et au delà, par les ennuis qui pourront résulter du droit imparfait que l'acquéreur aura sur l'esclave (car les sanctions de l'*in bonis habere* n'existent pas au temps de PLAUTE)? Il faut supposer que Curculio veut se hâter d'obtenir livraison de Planesium, de peur que sa supercherie se découvre. Mais, bien plutôt encore, il faut voir dans son refus un artifice imaginé par PLAUTE pour raccorder la trame juridique de son modèle grec au droit romain du VIe siècle. Le droit attique du IVe siècle ignore les procédés solennels de transfert de la propriété, tels que la mancipation. Dans l'original du *Curculio*, le *leno* devait remettre Planesium au pseudo-mandataire du *miles*, sans faire allusion à d'autres formalités, car la vente suffisait à transférer la propriété de la chose vendue (CAILLEMER, *Le contrat*

accompagné la vente, c'était une clause au simple[1]. Donc, en droit romain, Therapontigonus ne peut réclamer le quadruple au *leno* sous prétexte de garantie d'éviction.

Nous n'aboutissons pas à un résultat plus plausible en droit grec. Si le *miles* peut, à la rigueur, imputer une κλοπή à Phaedromus, il ne peut point lui demander à ce titre le quadruple, puisque le droit attique ne connaît pas la *pœna quadrupli*. Quant à l'obligation de garantie qui pourrait incomber au *leno*, elle ne saurait pas davantage s'élever au quadruple : car la garantie d'éviction se fixe régulièrement au simple en droit attique[2]. La pratique de la stipulation *duplae* ne s'est introduite qu'assez tardivement dans les pays de civilisation hellenique soumis à la domination romaine[3].

Donc le vers 619 n'a pas de sens dans la bouche de Therapontigonus; il n'a même pas le minimum de vraisemblance juridique requis pour une réplique lancée en passant. Pour peu qu'il ait un sens acceptable dans la bouche des adversaires du *miles* (Phaedromus ou Curculio), nous devons le leur attribuer. Il prépare alors et il explique l'*in ius vocatio* annoncée deux vers plus loin : Therapontigonus sera appelé en justice pour y répondre du fait de *mercari furtivas atque ingenuas virgines;* son adversaire obtiendra quatre fois le prix payé au *leno*. Quelle est l'action ainsi exercée ?

La plupart des auteurs admettent que c'est une action *furti*, sans trop se préoccuper de justifier leur assertion. Ils partent de cette idée que le fait d'enlever, de vendre ou de retenir comme esclave

de vente à Athènes. Revue de législation, 1870-1871, pp. 636 et sqq.; Beauchet, *op. cit.*, IV, p. 118 et sqq.) Mais, devant le public romain, les choses ne pouvaient se passer tout à fait de même. En voyant exécuter une vente d'esclave, ce public attendait nécessairement une mancipation. Plaute ne pouvait éviter d'en parler. Il voulait du moins éviter de mettre la mancipation à la scène, pour répondre au plus vite son modèle grec. D'où les paroles qu'il prête à Curculio : tout ce développement (vers 494-515) doit être étranger à la pièce grecque.

[1] V. 490-491 (IV, 2, 4-5) : Lyc. Memento promisisse te, si quispiam hanc [Lorarii] causa manu assereret, mihi omne argentum redditum iri, minas triginta. De même vv. 665-666 (V, 2, 67-69) : Lyc. Ille [Ita reprehensit mihi] : si quispiam hanc [illam] asseruisset manu, sine controversia omne argentum reddere. V. 709 et sqq. (V, 3, 31 et sqq.)

[2] Beauchet, IV, p. 136.

[3] Cf. De Ruggiero, *Locazione fittizia d'una nave in un papiro greco-egizio dell'anno 219 d. C.* (*Bull. dell'Istit. di diritto romano*, XX, 1908, pp. 48-77), p. 58.

une personne libre, constitue toujours un *furtum*[1]. A ce titre Phaedromus intenterait l'action *furti* : 1° contre le *leno* absent qui avait jadis acheté la jeune fille, et qui venait de la revendre; 2° contre le *miles* qui venait de l'acheter, et tâchait de la retenir. Admirons en passant comme, à vouloir préciser et développer les idées juridiques qu'on prétend reconnaître dans la partie la moins réfléchie du dialogue, on en dessèche l'expression dramatique, on en appauvrit la verve... Plaute composait-il ses pièces en artiste soucieux de créer de la vie, ou en chicanier soucieux de rédiger correctement des formules juridiques? Mais nous ne sommes pas libres de fuir le débat, même sur ce terrain où on a tort de le porter. Or nous constatons qu'on ne conçoit pas une action *furti* intentée ainsi à propos de Planesium. Car Planesium est une femme libre et *sui iuris*[2], et seules les personnes *alieni iuris* peuvent faire l'objet d'un *furtum*. Rien n'établit que le droit du temps de Plaute diffère sur ce point du droit classique[3]. Dira-t-on cependant qu'on désigne Planesium comme une *furtiva virgo*[4]? Remarquons que l'adversaire du *miles* parle au pluriel : il n'accuse pas Therapontigonus de trafiquer d'une *furtiva virgo* déterminée, Planesium; mais il l'accuse de trafiquer de *furtivæ virgines;* l'imputation présente donc le caractère le plus vague, le plus large, le plus injuste; c'est l'allégation gratuite d'un homme que la colère aveugle. En réalité, nous n'avons aucune raison d'imaginer *a priori* que Planesium ait pu faire l'objet d'un *furtum*. Ajoutons que nous n'avons aucune raison de regarder Phaedromus comme qualifié pour intenter l'action *furti* : il n'est point possesseur de Planesium; il n'en est

[1] Demelius, p. 360, et Costa, p. 404, admettent l'idée sans l'exprimer. Plus explicite Pernard, p. 165.

[2] Son père est mort depuis qu'elle a été enlevée. *Curc.*, v. 635 et sqq.

[3] *Supra*, p. 107.

[4] Plaute paraît bien n'avoir parlé de *furtum* que pour des personnes *alieni iuris*. Ainsi, dans le passage du *Pœnulus* où Hannon feint d'agir *furti* contre Anterastilis et Adelphasium, on remarquera que les deux jeunes filles sont *alieni iuris*. De même, l'expression *furtiva virgo* ne s'applique pas, semble-t-il, à des personnes *sui iuris*. La *furtiva virgo* du *Persa* (v. 522, IV, 3, 53; v. 545, IV, 3, 75; v. 715, IV, 7, 5) est donnée pour une fille enlevée à ses parents, et que son père viendra bientôt réclamer (p. ex. v. 618, IV, 4, 20) : elle est, en réalité, fille du parasite Saturio. Dans le *Rudens* (v. 881, III, 6, 43), le *leno* Labrax se dit volé, parce qu'on lui enlève des jeunes filles qui, en réalité, sont libres (Fures mi estis. — Quid, fures? Rape). Mais il s'en croit le légitime propriétaire.

point propriétaire ; il n'est point son *paterfamilias* ; il n'a aucun intérêt pécuniaire à faire valoir ; il ne peut invoquer que son affection, mobile respectable, mais dont les Romains tiennent ordinairement peu de compte. Pour établir que Phaedromus peut agir *furti*, il faudrait donc prouver qu'on se contente, chez le demandeur à cette action, d'un intérêt moral [1]. Or on ne le prouve pas, et il y a peu de chances pour qu'on puisse le prouver. Quand, un siècle après Plaute, Quintus Mucius Scaevola formula la règle recueillie par Gaius : *Furti actio ei competit cuius interest rem non subripi* [2], il ne fondait le droit d'agir que sur un intérêt matériel, et même, plus étroitement, sur une perte subie *(damnum emergens)*, non sur un gain manqué *(lucrum cessans)* [3] : il faudrait donc supposer que la doctrine de Q. Mucius marque une réaction contre une doctrine ancienne très libérale, plus libérale que toutes celles que le droit romain a jamais admises par la suite !

D'un point de départ incertain, les auteurs qui croient à une action *furti* dans les vers 619 et suivants du *Curculio* tirent des développements plus incertains encore. Ils prétendent préciser la nature de l'action *furti* dont on menace le *miles*. Mais le texte fournit des données contradictoires : admettra-t-on une action *furti nec manifesti?* Mais la *pœna* prévue est au quadruple ! Admettra-t-on alors une action *furti manifesti?* Mais il n'y a pas flagrance ! Le *leno* n'est pas pris sur le fait ; il est absent ; le *miles* n'est pas saisi non plus avec le corps du délit. Toute idée de *furtum manifestum* est même exclue par ce fait que la personne qui ferait l'objet du vol, Planesium, se trouve placée sous la protection de Phaedromus. D'ailleurs nous voyons fonctionner contre le *miles* une procédure régulière — et bien romaine [4] — d'*in ius vocatio*, avec *antestatio* [5] : ce n'est pas la *raptio in ius obtorto collo*, sanction caractéristique du *furtum manifestum*.

[1] En ce sens, Pernard, pp. 166-167.

[2] Gaius, III, 203.

[3] *Infra*, c. IX, § 1.

[4] Leo, *Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 147.

[5] Sur l'*antestatio*, d'ailleurs assez énigmatique, des vers 611 et sqq., voir Dressler, p. 358, dont la conjecture est admise par Leo, I, p. 333. Les mots « Licet te antestari ? » s'adressent à Curculio. Le *miles* répond : « Nihil licet » sans être interrogé. Cf. Bekker, *Die processuale Consumption im klassischen römischen Recht*, 1853, pp. 99 et sqq.

Pour échapper à ces contradictions, Demelius a imaginé une explication ingénieuse[1] : Phaedromus se propose, dit-il, de poursuivre à la fois le *leno* et le *miles*, et d'exiger de chacun d'eux la peine du double; c'est en songeant au résultat total de ses deux actions qu'il parle du quadruple. Explication qui pèche évidemment par l'excès même de son ingéniosité : le petit calcul auquel se livrerait Phaedromus, dans le feu d'une querelle qui est sur le point de dégénérer en pugilat, ne paraît guère naturel; il paraît encore moins intelligible pour le spectateur : à peine celui-ci a-t-il le temps de saisir au passage les répliques, et l'on voudrait qu'il réfléchît que, le *leno* et le *miles* payant chacun le double, cela équivaudrait au quadruple?

L'action dont on menace Therapontigonus n'est donc pas, à Rome, une action *furti*. Pour des raisons analogues, ce n'est pas, à Athènes, une δίκη κλοπῆς. C'est une κλοπή, il est vrai, que de traiter en esclave une personne libre, et l'ἀνδραποδιστής est exposé à la δίκη κλοπῆς[2]. Mais les termes de la loi de Solon sur cette δίκη ne l'accordent visiblement qu'à la personne qui a perdu quelque chose[3], on dirait, en droit romain : à la personne qui a subi un *damnum emergens*. Phaedromus, qui n'a jamais eu aucun droit sur Planesium, ne peut pas intenter la δίκη. La *pœna quadrupli* n'a pas d'équivalent en droit grec.

Toute idée d'action privée étant désormais écartée, le débat se ramène à la question suivante : existe-t-il, soit à Athènes, soit à Rome, des actions dirigées contre les criminels qui trafiquent de personnes libres, qu'on puisse mettre en mouvement sans avoir à alléguer un préjudice personnel? La réponse s'impose : il existe les actions publiques.

En Grèce, c'est l'action publique de vol. Peut-être, lorsque l'ἀνδραποδιστής est pris en flagrant délit, peut-il être exécuté sur le

[1] Demelius, pp. 353 et 360, suivi par MM. Costa, p. 404, Girard, *La date de la loi Ebutia*, *Nouv. Rev. Hist.*, XXI (1897), p. 263, 1 (*Mélanges de droit romain*, I, 1912, p. 81, n. 1), et Cornil, *Debitum et Obligatio*. *Mélanges P. F. Girard*, I, p. 225, n. 43. *Contra* Pernard, p. 166, à qui nous empruntons quelques expressions.

[2] *Supra*, p. 148. Van Eyck Byleveld, pp. 8-9.

[3] La loi est rapportée par Demosth., *C. Timocr.*, XXIV, 105, p. 733 : Ὅτι ἄν τις ἀπολέσῃ, ἐὰν μὲν αὐτὸ λάβῃ, τὴν διπλασίαν καταδικάζειν, ἐὰν δὲ μή, τὴν δεκαπλασίαν (lapsus de copiste pour διπλασίαν) πρὸς τοῖς ἐπαιτίοις.

champ, comme κακοῦργος, par voie d'ἀπαγωγή[1] populaire[2] : comme la *manus iniectio* populaire romaine, ce serait là une procédure intermédiaire entre la procédure privée et la procédure publique. Dans tous les cas un citoyen quelconque peut user de la γραφὴ κλοπῆς qui, dans son application à l'ἀνδραποδιστής, prend le nom d'ἀνδραποδιστοῦ γραφή) : le législateur estime κακοῦργον τὴν πόλιν ἀδικεῖν. La peine est la mort. Néanmoins l'accusateur peut espérer tirer de l'argent de l'accusé. Celui-ci, pour éviter les suites d'une accusation fondée, ou même seulement spécieuse, ne manquera pas de financer.

A Rome, c'est l'action publique de la loi Fabia, qui sanctionne le crime de *plagium*. La peine est une peine pécuniaire fixe, dont une part est attribuée au délateur[3]. Le délateur peut d'ailleurs aisément poursuivre son avantage sans même intenter son action, en faisant chanter son adversaire.

A cette hypothèse on n'objectera pas les formes dans lesquelles l'action est introduite, c'est-à-dire l'*in ius vocatio* régulière avec l'*antestatio* dirigée contre Therapontigonus : car ces solennités de la procédure privée ont été anciennement employées dans la procédure publique; la loi *Acilia repetundarum* (631-632) cite encore l'*in ius vocatio*, avant la *nominis delatio*, parmi les formes requises pour l'introduction d'une *quaestio*[4].

[1] On peut croire qu'une ἀπαγωγή était exercée contre un ἀνδραποδιστής dans l'original grec du *Persa* (V, 745-749, IV, 9, 8-12). Le passage correspond assez exactement à notre passage du *Curculio* :

SATURIO.	Age, ambula in ius, leno.
DOMITIUS.	Quid me in ius vocas ?
SAT.	Illi apud praetorem dicam. Sed ego in ius voco.
DON.	Nonne antestaris ?
SAT.	Tuan ego causa, carnufex,
	cuiquam mortali libero auris atteram,
	qui hic commercaris civis homines liberos ?

La procédure diffère de celle du *Curculio* en ce qu'il n'y a pas eu d'*antestatio* et la différence s'explique peut-être parce que Saturio est le gérant de la *furtiva* que retenait indûment Dordalus; — tandis que Phaedromus n'avait aucun droit sur Planesium. Cette *in ius vocatio* sommaire fait penser à l'εἰσαγωγή dans la pièce grecque.

[2] Sur l'ἀπαγωγή populaire, voy. *infra*, § 13. Mais si dans ce passage du *Curculio* (comme plus que le passage du *Persa* cité dans la note précédente) je fais surtout appel au droit indien, ne pourrait-on contre le caractère populaire de l'ἀπαγωγή donnée contre l'[illegible]

[3] MOMMSEN, *Rom. Strafrecht*, p. 788 (Trad. DUCROSSE, III, 3, p. [illegible]).

[4] *L. Acilia*, l. 9 et l. 19, dans BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes iuris romani antiqui*, pp. 59 et 62. MOMMSEN, *Rom. Strafrecht*, pp. 386-387 (Tr. DUCROSSE, II, pp. 38[illegible] sqq.).

Mais il subsiste une difficulté que cette explication n'aplanit point : c'est celle qui résulte de la mention du quadruple : *quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam.* Pourquoi l'adversaire du *miles* se flatte-t-il d'en obtenir le quadruple, alors que la prime légale à l'accusation doit être une prime uniforme, et qu'il n'y a pas de raison de fixer par avance à tel ou tel multiple le prix dont on pourra payer son inaction?

Pour répondre à cette question, nous devons élargir la discussion et analyser quelques autres textes relatifs à des actions au quadruple. On a prétendu parfois découvrir, dans ces textes, des traces de la composition légale pour *furtum manifestum.* Il importe d'examiner s'ils sont plus probants en ce sens que celui que nous venons d'étudier.

12

On cite d'abord un passage du *Truculentus* (v. 759-763, IV, 2, 46-50).

Diniarchus a mangé tout son bien avec la courtisane Phronesium. Elle ne lui en sait aucun gré. En femme pratique, qui ne donne rien pour rien, elle refuse désormais de le recevoir. En vain, pour rentrer en grâce, le galant épuise-t-il ses dernières ressources; en vain envoie-t-il à l'ingrate une collation dont il compte bien prendre sa part à ses côtés; on le berne, on se régale sans lui; quand il frappe à la porte du logis, la soubrette Astaphium la lui ferme au nez. Alors, outré de tant d'impudence, il exhale sa colère et son dépit en un flot de violentes invectives. « Enjôleuse, s'écrie-t-il, je m'en vais te faire la conduite dans la rue, toi qui, au mépris de la loi, as touché de l'argent de plusieurs mains! Pardieu! je vais te dénoncer à tous les nouveaux magistrats; puis je mettrai la main sur toi pour obtenir le quadruple, empoisonneuse, toi qui supposes des enfants! C'est moi, parbleu! qui vais dévoiler toutes tes turpitudes! »

Diniarchus. Iam hercle ego tibi, inlecebra, ludos faciam clamore in via.
quae adversum legem accepisti a plurimis pecuniam;
iam hercle apud novos omnis magistratus faxo erit nomen tuom,
post id ego te manum iniciam quadrupuli, venefica [1],
suppostrix puerum. Ego edepol iam tua probra aperibo omnia.

[1] Les manuscrits portent « manum initiam quadrupiis (*ou* quadrupus) beneficia ». La correction généralement admise est due à Camerarius.

Ainsi, à en croire Diniarchus, Phronesium a commis tous les crimes, et elle a, de ce chef, encouru une *manus iniectio* au quadruple. Demelius a pensé que c'était l'idée d'un *furtum manifestum* qui expliquait cette *manus iniectio* : ne peut-on pas appeler voleuse cette courtisane qui a dépouillé son amant jusqu'au dernier sou[1] ?

A peine est-il besoin de réfuter cette opinion. On voit assez que la tirade ne contient aucune allusion à un *furtum*, quel qu'il soit, et à un *furtum manifestum* moins qu'à tout autre[2]. Le mot ne s'y trouve pas, et l'idée, semble-t-il, pas davantage : dans aucun des textes qui ont passé sous nos yeux, nous n'avons vu qualifier du nom de *furtum* le fait d'accepter des présents librement offerts. Mais alors quelle est la portée juridique des accusations que Diniarchus accumule contre Phronesium ? Examinons-les une à une.

1° *Adversus legem accepisti a plurimis pecuniam.* Accusation d'autant plus énigmatique que la façon de parler de Plaute ne permet guère de préciser si la prohibition légale à laquelle il se réfère portait sur le fait d'*accipere pecuniam*, sur le fait d'*accipere a plurimis* ou sur les deux faits à la fois. Étaient-ce les présents d'argent qui étaient interdits ? Alors la loi dont s'occupe Plaute peut être soit la loi *Publicia*, plébiscite de date incertaine[3], qui défendait d'offrir aux patriciens, à l'occasion des Saturnales, autre chose que des flambeaux de cire[4], soit plutôt la loi *Cincia de donis et muneribus*, plébiscite de l'année 550 U. C.[5] (donc antérieur à la représentation du *Truculentus*)[6], qui défendait aux patrons de recevoir de l'argent ou des honoraires quelconques

[1] Demelius, p. 363. De même Ussing, V, p. 652, Romelin, p. 82.

[2] Perrard, p. 168. Cf. Visserino, *Quaestiones Plautinae*, II, pp. 47-48. Mentionnons aussi, pour mémoire, l'opinion qui voit ici une accusation d'usure : il est évident que Diniarchus n'accuse point Phronesium d'avoir reçu de l'argent à titre d'intérêts, et encore moins d'intérêts usuraires. Elle n'a rien prêté, que sa propre personne. Cf. Wimmel, *Le cognitor*, Paris, 1911, p. 10, note 2.

[3] Sans doute antérieur à la loi Cincia. Cf. Girard, *Instit. juridiques*[8], p. 567, 1.

[4] Macr., *Saturn.*, I, 7, 33.

[5] Girard, *Manuel*[8], p. 937, 4. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 705-706 (*Dr. pénal romain*, trad. Duquesne, III, pp. 1-2).

[6] Le *Truculentus* est une des dernières pièces composées par Plaute. Cet auteur ayant vécu jusqu'en 570 U. C. (= 184 av. J.-Ch.), on estime que le *Truculentus* peut avoir été achevé vers 565 (= 189) : Schanz, *Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 94.

pour prix de leurs plaidoiries ou à titre de donations[1]. Plaute a fait allusion parfois à cette loi. Dans un fragment d'une de ses pièces, conservé par Festus[2], un *leno* déclare qu'il ne se soucie ni de la loi sur les présents *(lex muneralis)* ni de la loi sur les entremetteurs *(lex lenonia)* : Muneralis lex vocata est qua Cincius cavit ne cui liceret munus accipere. Plautus :

> Neque muneralem legem neque lenoniam
> rogata fuerit necne flocci aestimo.

Et M. Leo, en note sous ce fragment[3], renvoie au vers 760 du *Truculentus*, qu'il rapporte aussi, par conséquent, à la loi Cincia. Nous croyons cependant que c'est à tort. La loi Publicia et la loi Cincia ne prohibent les cadeaux d'argent que lorsqu'ils sont faits par les plébéiens aux patriciens. La loi Cincia interdit, il est vrai, toutes sortes de donations entre personnes de toutes classes, mais à condition qu'elles dépassent un certain taux dont il n'est pas question ici : Diniarchus ne reproche pas à Phronesium d'avoir reçu des donations exagérées, il lui reproche seulement d'avoir reçu de l'argent de plusieurs mains. Enfin l'on ignore comment étaient sanctionnées les lois Publicia et Cincia; on ignore même si elles l'étaient. On range la loi Cincia parmi les *leges imperfectae*[4], qui défendent un acte sans le déclarer non avenu, et sans même porter une peine contre ceux qui s'en prévalent. En tout cas, rien n'autorise à croire que la loi Cincia ait accordé contre ceux qui contrevenaient à ses prescriptions une *manus iniectio* au quadruple[5].

Etait-ce donc le fait d'*accipere a plurimis* que réprimait la loi

[1] « Ne quis ob caussam orandam pecuniam donumve acciperet » : Tacit., *Ann.*, XI, 5, *in fine*. Cf. XV, 20. Cic., *Ad Att.*, I, 20. On remarquera que les termes employés par la loi *(pecuniam accipere)* sont aussi ceux qu'emploie le vers 760 du *Truculentus*.

[2] Paul. Diac., éd. M., p. 143; éd. Th., p. 121. Leo, *Plauti Comoediae, Fragmenta incertarum fabularum*, XIV (XXIX). Cf. Visserius, *Quaestiones Plautinae*, II, pp. 23-26. Costa, op. cit., pp. 298-299.

[3] Leo, II, p. 544.

[4] Girard, *Manuel*[6], p. 938, 4; Senn, *Leges perfectae, imperfectae, minus quam perfectae*, Thèse Paris, 1902; Bavilva, *Leges imperfectae, minus quam perfectae e perfectae (Scritti giuridici*, Palerme, 1909), p. 211.

[5] La peine du quadruple a bien existé contre les avocats qui recevaient des honoraires, mais seulement depuis une loi d'Auguste rendue en 737 (= 17). Dion, 54, 18. Girard, *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXXIV (1913), R. A., pp. 308 et 310, 1.

transgressée par Phronesium? Nous ne savons point alors qu'elle pouvait être cette loi. Voigt a cependant conjecturé[1], avec son ingéniosité ordinaire, que c'était la *lex lenonia*, citée par Plaute dans le fragment que nous avons rapporté plus haut[2]. Cette même loi serait mentionnée, sous le nom de loi Titia, dans une épigramme d'Ausone[3] :

Iurisconsulto cui nubit adultera coniux
Papia lex placuit, Iulia displicuit.
Quaeritis unde haec sit distantia? Semivir ipse
Scatiniam[4] metuit, non metuit Titiam.

On peut, à la rigueur[5], conclure avec Voigt, du contraste cherché avec insistance par Ausone entre la loi Scantinia sur la pédérastie et la loi Titia, que celle-ci réprime la débauche des femmes. Mais c'est, par contre, s'aventurer beaucoup que d'identifier cette loi avec la *lex lenonia* de Plaute. C'est s'aventurer davantage que de supposer qu'elle édictait la peine du quadruple contre la femme *quae accepit a plurimis pecuniam*, et qu'elle donnait à cet effet une *manus iniectio pura*[6]. Enfin, c'est s'égarer tout à fait que de rapporter à

[1] Voigt, *Phil. Hist. Berichte über die Verhandlungen der königl. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig*, XLII (1890, p. 276, suivi par Cuq, v° *Lex* (*Dict. des Antiquités* de Daremberg et Saglio), p. 1120-1121; 1165. Voy. aussi Voigt, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 718, 1. Cf. la singulière interprétation de Rodbertus, p. 111.

[2] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 690, n. 3 (Trad. Duquesne, II, p. 416, n. 2), remarque que, puisque la *lex muneralis* est une loi romaine, la *lex lenonia* doit être également une loi romaine.

[3] Auson., *Ep.*, 89.

[4] Il s'agit de la loi Scatinia ou Scantinia *de nefanda venere*, sur laquelle voy. Cuq, v° *Lex*, p. 1162; et Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 703, 4 (Trad. Duquesne, II, p. 432, n. 1).

[5] Encore la conclusion reste-t-elle très contestable. Nous savons qu'il existait une loi Titia sur les paris en matière sportive (*Dig.*, 11, 5, fr. 3). N'y avait-il point, entre elle et la loi Scantinia, tel ou tel élément antithétique que nous ignorons, faute de renseignements suffisants sur les deux lois en question?

[6] Voigt cite en ce sens un passage de l'*Asinaria* (v. 130-133 (I, 2, 47)), dans lequel le jeune Argyrippus, maltraité par la courtisane Philaenium, et chassé par la mère de celle-ci, exhale son dépit contre les deux femmes dans les termes suivants :

Iam ex hoc loco
ibo ego ad tres viros vostraque ibi nomina
faxo erunt, capitis te perdam ego et filiam,
perlecebrae, permities, adulescentum exitium.

On remarquera que ce passage n'est pas favorable à la thèse de Voigt. Il n'y est question ni du quadruple, ni de la *manus iniectio*. Bien évidemment il s'agit d'une

cette loi la disposition législative, mentionnée ailleurs par Plaute[1], qui obligerait un séducteur à épouser la jeune fille qu'il a rendue mère[2]. En réalité, nous ne pouvons découvrir quel lien existe entre l'accusation d'*accepisse pecuniam a pluribus* et la menace d'une *manus iniectio* au quadruple.

Si nous nous plaçons sur le terrain du droit attique, nous n'arrivons pas à un meilleur résultat. Il n'existe à Athènes rien de semblable au système de la loi Cincia; la γραφὴ δώρων sanctionne bien l'interdiction de faire des présents aux personnes officielles (magistrats, sénateurs, juges, membres de l'assemblée du peuple, orateurs et mandataires *ad litem)*, mais seulement lorsque ces présents tendent à les corrompre dans l'exercice de leurs fonctions[3]. Quant aux actions qui pourraient correspondre aux sanctions d'une *lex lenonia*, elles sont également hors de cause : la γραφὴ προαγωγείας, qui punit de mort l'excitation à la débauche[4], ne saurait s'appliquer à Phronesium, qui opérait pour son propre compte, et pas davantage la γραφὴ ἑταιρήσεως, qui punit bien le commerce de ceux qui trafiquent de leurs personnes, mais qui frappe à ce titre les jeunes hommes seuls, et non les femmes[5]. Nulle part, en pareille matière, il n'est

dénonciation à la police des mœurs, imitée de l'ἔνδειξις, dont il était question dans l'original de Plaute.

[1] *Aulul.*, v. 793 (IV, 10, 63).

[2] Ou un père à marier sa fille avec celui qui l'a séduite? Le texte peut s'entendre dans les deux sens. *Aulul.*, vv. 791 et sqq. (IV, 10, 61 et sqq.).

Nunc te obtestor, Euclio,
ut si quid ego erga te imprudens peccavi aut gnatam tuam,
ut mi ignoscas, eamque uxorem mihi des, ut leges iubent.

Mais Voigt et, avant lui, Romeijn, p. 18, n'ont pas vu que Plaute fait probablement allusion à une institution du droit attique, dont parle également Térence à plusieurs reprises (*Adelph.*, v. 725 et sqq. (IV, 6, 7 et sqq.); *Andria*, v. 779-781 (IV, 4, 40-42) :

Davus. Iam susurrari audio
civem Atticam esse hanc.
Chremes. Hem.
Davus. Coactus legibus
eam uxorem ducet.

Sur ces lois attiques, voy. Platner, *Process und Klagen*, II, p. 212; Meier-Schœmann-Lipsius, II, p. 509, n. 82 et 83; Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, II, 2, p. 482; et surtout Fredershausen, *Weitere Studien*, pp. 210-214.

[3] Sur la γραφὴ δώρων, voy. Meier-Schœmann-Lipsius, I, p. 444; Glotz, *Solidarité*, pp. 495-505; Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, II, 1, pp. 401-404.

[4] Meier-Schœmann-Lipsius, I, p. 410; Lipsius, II, 1, p. 435.

[5] Meier-Schœman Lipsius, I, p. 411; Lipsius, II, 1, pp. 436-437.

question d'une ἀπαγωγή. Nulle part il n'est question d'une *pœna quadrupli*.

2° *Venefica*. Diniarchus traite Phronesium d'*empoisonneuse*. Il n'en faut pas plus pour que des auteurs considérables (notamment Mommsen) penchent à admettre que la *manus iniectio* au quadruple constitue la plus ancienne sanction de l'empoisonnement[1]. C'est attacher bien de l'importance à une insulte proférée dans un moment de dépit! On sait d'ailleurs que, dans la conversation comme dans la pratique judiciaire, l'accusation d'empoisonnement passe à Rome pour le complément naturel de l'accusation de débauche[2]. Et combien est peu vraisemblable pour le *veneficium* la sanction de la *manus iniectio* au quadruple! Nous manquons, il est vrai, de renseignements précis sur les peines attachées à l'empoisonnement dans le très ancien droit romain; nous savons seulement qu'on attribuait aux décemvirs un précepte sur la matière, puisque Gaius, dans sa monographie sur les Douze Tables, commentait le mot *venenum*[3]. On peut croire cependant que le châtiment prévu était dans tous les cas une peine publique. On ne voyait pas, en effet, dans l'empoisonnement, un attentat à la personne privée, susceptible d'être réparé (comme l'*os fractum* par exemple) par une composition pécuniaire. Que le *veneficium* eût produit effet ou non, on le considérait comme portant atteinte à l'ordre religieux. On assignait l'efficacité du poison, non à ses propriétés naturelles (chimiques ou physiologiques), mais à ses vertus surnaturelles (dérivant de la sympathie magique). Il n'y avait pas de toxiques, il n'y avait que des philtres nocifs[4]. Le *malum venenum* se ramenait ainsi à une variété du *malum carmen*; comme le *malum carmen*, il devait entraîner la peine capitale[5]. En tout cas, une peine pécuniaire

[1] Mommsen, *Rom. Strafrecht*, p. 636, n. 1 (Trad. Duquesne, II, p. 353, n. 1).

[2] Auct. ad Herenn., IV, 16, 23 : Maiores nostri si quam unus peccati mulierem damnabant, simplici iudicio multorum maleficiorum convictam putabant. Quo pacto? quoniam, quam impudicam iudicarant, eam venefici quoque damnatam existimabant.

[3] Gaius, *l. VI ad leg. XII Tab.*, *Dig.*, 50, 16, fr. 236. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 635, 5 (Trad. Duquesne, II, p. 352, n. 4).

[4] Huvelin, *La notion de l'injuria dans le très ancien droit romain*, p. 83, et p. 84, note. Cf. Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 361.

[5] Il y a donc lieu de rapprocher l'épithète *venefica* prononcée par Diniarchus de celle d'*inlecebra* qu'il applique trois vers plus haut (v. 709 et déjà v. 184) à Astaphium. On remarquera que Diniarchus peut accuser à bon droit la courtisane

fixée à un multiple ne se comprenait pas plus pour le *malum venenum* que pour le *malum carmen*. Quelle somme quadruplerait-on pour fixer le montant de cette *pœna*?

Sur le terrain du droit grec, les difficultés soulevées par l'imputation de Diniarchus trouvent une solution un peu meilleure. Dans la civilisation attique du IVe siècle coexistent en effet les deux notions, ancienne et moderne, de l'empoisonnement. Tantôt on punit pour impiété, par l'action ἀσεβείας, ceux qui composent des philtres nuisibles[1], tantôt on punit pour meurtre, par l'action φαρμάκων (ou φαρμακείας), ceux qui administrent à autrui des substances toxiques[2]. La peine est la mort dans les deux cas; mais nous savons, au moins pour l'action ἀσεβείας, que la condamnation peut être moins rigoureuse, et se réduire à une peine pécuniaire fixée après estimation[3]. Enfin l'action ἀσεβείας, et peut-être l'action φαρμάκων, peuvent s'intenter en la forme d'une ἀπαγωγή[4]. Des divers éléments du texte latin, il n'y a, naturellement, que la mention du quadruple dont le droit attique ne puisse fournir l'équivalent.

3° *Suppostrix puerum*. Diniarchus accuse Phronesium de supposition d'enfant, et cette imputation a plus de consistance que la précédente, puisque nous savons qu'en effet la courtisane a feint de

d'avoir « enchanté » ses biens, de les lui avoir « soutirés par des charmes ». Voy. *Trucul.*, v. 213-214 (II, 1, 5-6) : Huic homini amanti mea era apud nos naeniam dixit domi, nam fundi et aedis obligatae sunt ob amoris praedium (Cf. Huvelin, *les Tablettes magiques et le droit romain*, p. 33, n. 1, et les textes relatifs au sens magique du mot *naenia* : pour le caractère surnaturel attribué au charme d'amour, voy. Huvelin, *Notion de l'iniuria*, p. 42 et notes). Le sens du passage est souligné par un fragment des *Synephebi* de Caecilius (cité par Cic., *De nat. deorum*, I, 6, 13. Ribbeck, *Scaenicae romanorum poesis fragmenta*, II, *Comic. fragm.*, p. 70 : In civitate fiunt facinora capitalia : | [nam] ab amico amante argentum accipere meretrix nœnu volt. Ainsi c'est un crime capital pour une courtisane que de tirer par un charme magique *nœnu* de l'argent d'un amant. L'accusation d'*accepisse a plurimis pecuniam* serait-elle donc liée à une accusation de sorcellerie et de *veneficium*?

[1] Meier-Schœmann-Lipsius, I, pp. 370 et 383, n. 530; Lipsius, II, 1, p. 365. C'est l'action qui fut intentée contre la magicienne et empoisonneuse Theôris de Lemnos, sur l'initiative de Démosthène. Cf. Glotz, *Solidarité*, p. 469.

[2] Meier-Schœmann-Lipsius, I, pp. 382-383; Lipsius, II, 2, p. 607.

[3] Lipsius, II, 1, p. 367, n. 40.

[4] Lipsius, II, 1, p. 366; Meier-Schœmann-Lipsius, I, p. 383, n. 530. Notons encore que le φαρμακεὺς est placé sur le même pied que le γόης (Hesych., v° γοητεύει, éd. Schmidt, I, p. 440. Platner, II, p. 170) et que l'ἀπαγωγή contre le γόης est attestée par Platon, *Menon*, 13, p. 80 B. Meier-Schœmann-Lipsius, I, p. 87, n. 134 et 275, n. 112.

mettre au monde un enfant, dont elle attribue la paternité à l'un de ses amants, le *miles* Stratophanes. Mais Diniarchus peut-il la menacer pour cela d'une *manus iniectio* au quadruple? Dans ce cas comme dans le précédent, nous dirons encore : « au quadruple... de quoi? » sans trouver de réponse satisfaisante[1]. Nous ignorons d'ailleurs quelles pouvaient être, au temps de Plaute, les conséquences juridiques d'une supposition d'enfant[2]. Nous ne possédons pas de renseignements antérieurs à l'époque impériale[3] : la supposition d'enfant paraît alors réprimée par une extension de la loi Cornelia *de falsis*, due au dictateur Cornelius Sulla[4]; le crime peut être poursuivi seulement par les parents intéressés, non par le premier venu[5]. Le VIe siècle aurait-il connu au contraire une action populaire contre les *suppostrices puerorum*? Il est permis d'en douter, et l'on ne voit pas trop à quel titre Diniarchus, si sa menace était sérieuse, se flattait d'intervenir dans cette affaire[6].

Le théâtre grec a souvent employé le motif de la supposition d'enfant[7]. Nous en avons la preuve dans certains titres (Ὑποβολιμαῖος, Ψευδυποβολιμαῖος), plusieurs fois répétés[8]. Mais nous ne savons pas comment cette supercherie était traitée par le droit attique[9]; nous

[1] Et cependant, ici encore, Mommsen a paru admettre, sans l'ombre d'un scrupule critique, que la supposition d'enfant entraînait une peine pécuniaire du quadruple (ou *analogue* au quadruple : *R. Strafrecht*, p. 865 « *derartige* Privatklagen »).

[2] Visserius, *l. c.*, p. 47, croit que la supposition d'enfant était un *plagium*, et rentrait dans les prévisions de la loi Fabia.

[3] Voy. dans Tacite, *Ann.*, III, 22-23, la condamnation à l'interdiction de l'eau et du feu prononcée contre Lepida, accusée d'avoir simulé d'être mère du fait de Publius Quirinus. Mais, dès le VIIe siècle, il existait un système de répression pour la supposition d'enfant. Cela résulte, croyons-nous, d'un texte de Catulle, resté inaperçu des juristes (67, 47-48) : « homo est, magnas quei lites intulit olim Falsum mendaci ventre puerperium.

[4] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 676, 3 (Trad. Duquesne, II, p. 398, n. 9).

[5] Un texte de Modestin (*l. XII Pandect. Dig.*, 48, 10, fr. 30, 1) exclut même formellement toute idée d'action populaire.

[6] On pourrait dire que Diniarchus était le véritable père de l'enfant supposé. Mais il ne le savait pas encore au moment où il invectivait Phronesium; il ne devait l'apprendre qu'à la scène suivante.

[7] Legrand, *Daos*, p. 256.

[8] Il existe des comédies de Cratinos, Alexis, Philémon, Eubulos, Chorylos, Menandre, portant ces titres.

[9] M. Glotz veut bien nous écrire qu'à son sens « nous devons avoir là encore une de ces questions de droit familial qui avaient échappé aux passes de l'Etat ». Un vers d'Aristophane (*Thesmoph.*, v. 340) contient, il est vrai, une imprécation dirigée contre ceux qui dénoncent les suppositions d'enfants (ὃς ἂν [illegible]

possédons, il est vrai, un texte de lexicographe sur la matière[1], mais il nous fait connaître une sanction (γραφὴ ὑποβολῆς) dirigée — chose surprenante! — non contre l'auteur de la supposition, mais contre l'enfant, sa victime. C'est l'enfant supposé qui est vendu comme esclave. Certains auteurs forgent des hypothèses compliquées pour expliquer comment la peine peut atteindre un innocent[2], d'autres accusent le lexicographe d'invention gratuite[3]. En tout cas, nous ignorons si le droit attique eût permis de punir Phronesium, et de quelle façon.

Nous aboutissons donc à des conclusions négatives. Rien ne révèle, au point de vue romain, un lien quelconque entre les griefs de Diniarchus et l'exercice d'une *manus iniectio* au quadruple. Au point de vue attique, il ne peut évidemment être question ni de *manus iniectio*, ni de quadruple; rien ne prouve même qu'il puisse être question d'ἀπαγωγή. Au vrai, on devait s'attendre à ce résultat, et nous n'aurions certes point analysé les plaintes et les invectives d'un amoureux transi avec le soin qu'on mettrait à analyser les termes d'un acte d'accusation, si les allégations de certains historiens ne nous avaient imposé une réfutation détaillée. Mais vraiment est-il bien nécessaire de brandir une massue pour écraser une mouche? De notre longue et inélégante discussion, une seule constatation subsiste : c'est qu'on peut se venger d'un ennemi non seulement par des démarches extrajudiciaires, par exemple en l'insultant publiquement[4], mais encore en se servant de procédures appropriées, comme celle de la *manus iniectio quadrupli*.

ὑποβαλλομένης κατεῖπεν. Mais le contexte permet de croire qu'il s'agit là, non d'une dénonciation en justice, mais seulement d'une indiscrétion susceptible de renseigner sur la conduite d'une femme, son mari, ses proches, ses voisins. Cf. *Thesmoph.*, vv. 406-407; v. 502 et sqq.; vv. 564-565.

[1] *Lexicon Seguerianum* (Bekker, p. 311 : Ὑποβολῆς γραφή τί ἐστιν· εἶδος ἐγκλήματος. Εἴ τις ἐγκαλοίη τινὶ ὡς ὑποβολιμαῖος εἴη, ἐγράφετο ὑποβολῆς καὶ ἁλόντα αὐτὸν ἔδει πεπρᾶσθαι.

[2] Meier, *Historiae iuris attici de bonis damnatorum et fiscalium debitorum libri duo*, Berlin, 1819, p. 29; Meier-Schoemann-Lipsius, I, p. 442.

[3] Thonissen, *Droit pénal*, pp. 342-343; Beauchet, II, p. 418.

[4] Diniarchus menace en effet sa maîtresse de lui faire une scène dans la rue « ludos facere clamore in via » : c'est une forme de vengeance reposant sur les mêmes idées que la *flagitatio* ou l'*occentatio*. Cf. Usener, *Italische Volksjustiz*. *Rhein. Museum*, LVI (1901), pp. 1-28; Huvelin, *Notion de l'iniuria*, pp. 51-62.

13

Qu'est-ce donc que cette *manus iniectio quadrupli?* Il nous faut encore examiner cette question, non seulement pour comprendre les textes précédents, mais aussi pour contrôler l'opinion selon laquelle le *quadruplum* qu'on réclamerait par cette *manus iniectio* serait la composition légale du vol manifeste.

Cela nous amène à étudier encore un texte de Plaute qui fournit quelques clartés sur la *quadruplatio*. C'est un passage du *Persa*, tiré du long monologue que prononce le parasite Saturio dans la scène deuxième du premier acte (vers 53 et sqq. I, 2, 1 et sqq.). Saturio vante l'antiquité du métier qu'il exerce, et se découvre en quelque sorte des titres de noblesse. « Mes ancêtres, dit-il, ont tous vécu en parasites, et mangé le pain d'autrui... C'est d'eux que je tiens mon métier, c'est eux que je continue » :

Veterem atque antiquom quaestum maiorum meum
servo atque obtineo...

Vers 61 et sqq. (I, 2, 9 et sqq.) :
Unde ego hunc quaestum optineo et maiorum locum[1].
Neque quadrupulari me volo, neque enim decet
sine meo periclo ire aliena ereptum bona,
neque illi qui faciunt mihi placent. Planen loquor?
Nam publicae rei causa quicumque id facit
magis quam sui quaesti, animus induci potest,
eum esse civem et fidelem et bonum.
Sed. . . . . .
si legirupam qui damnet, det in publicum
dimidium ; atque etiam in ea lege adscribier :
ubi quadrupulator quempiam iniexit manum,
tantidem ille illi rursus iniciat manum,
ut aequa parti prodeant ad tris viros :
si id fiat, ne isti faxim nusquam appareant,
qui hic albo rete aliena oppugnant bona.
Sed sumne ego stultus, qui rem curo publicam,
ubi sint magistratus, quos curare oporteat?

[1] La répétition de la même idée, exprimée dans les mêmes termes, aux vers 54-55 et 61, permet de supposer que Plaute a intercalé entre ces vers un développement de son cru. L'allusion au *cognomen* Capito (v. 60) semble remarquable quoiqu'on puisse à la rigueur, soupçonner que Plaute avait pu traduire une plaisanterie analogue à

Qu'entend-on par *quadrupulari*, *quadrupulator?* Un texte recueilli par Festus[1] définit les *quadruplatores* : « Quadriplatores dicebantur qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio. » Cette explication nous est précieuse, parce qu'elle reproduit sans doute une glose écrite en marge de notre monologue du *Persa* : cela résulte de l'emploi des mots *eo quaestu se tuebantur*, qui font une allusion assez nette aux termes employés par Plaute (V, 61). Il en résulte que l'on nomme *quadruplator* le citoyen qui intente une action contre les violateurs de certaines lois spéciales dont la condamnation monte au quadruple. Quelles lois? Un passage de Pseudo-Asconius[2] complète nos renseignements de la façon suivante : « Quadruplatores delatores erant criminum publicorum, in qua re quartam partem de proscriptorum bonis, quos detulerant, consequebantur. Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores, qui convicti quadrupli damnari soleant, ut aleae aut pecuniae gravioribus usuris feneratae quam pro... aut eiusmodi aliorum criminum. » Laissons de côté pour le moment la première des deux explications. Elle est postérieure à la seconde : car comment eût-on commencé par appeler *quadruplator* un accusateur qui touchait le quart de la condamnation[3]? Ces termes sont contradictoires. La seconde, que la dérivation nous autorise à considérer comme la primitive, cadre au contraire sans peine avec celle de Festus. Il en résulte que les actions qui ont donné leur nom aux *quadruplatores* sont, non pas des actions

celle qu'aurait faite Cratinus sur le compte de Périclès, — d'après Plutarque, *Vita Periclis*, c. 3, interprété par Meineke, V, p. XXXVI; mais cf. Kock, I, p. 49, fr. 111). En tout cas, l'énumération généalogique mise dans la bouche de Saturio (v. 57 : Pater, avos, proavos, abavos, atavos, tritavos) semble se rapporter à une source juridique romaine. Plaute aurait-il connu quelque tableau des degrés de parenté analogue aux *De gradibus* de basse époque dont nous possédons deux spécimens (Girard, *Textes*[4], pp. 498-500)? Cf. Perozzi, *Circa il limite della cognazione in Roma*, Palermo, 1910, p. 29, 4.

[1] Paul. Diac., éd. M., p. 259; éd. Th. de P., p. 345. Leo, *Plautin. Forschungen*[2], p. 123, 2.

[2] Pseudo-Asconius, in Cic., *In Q. Caecil. Divinatio*, 7, 24, éd. Orelli, pp. 110-111. Cf. Pseudo-Asconius, in Cic., *Verr.*, II, 2, 7, 21, p. 208 : Quadruplatores accusatores sive delatores criminum publicorum sub pena quadrupli, sive quod ipsi ex damnatorum bonis, quos accusaverant, quartam partem consequebantur.

[3] Voy. Demelius, p. 364; Bruns, *Eine Inschrift von Lucera. Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, XII (1876), p. 137, 1; Mommsen, *Droit public*, IV, p. 307, 1; Pernard, p. 171; Leo, *Plautinische Forschungen*[2], p. 123, 2.

publiques, mais des actions privées populaires (c'est-à-dire données à qui veut les intenter)[1], comme sont par exemple les actions instituées par la loi pour sanctionner la prohibition de l'usure et la prohibition des jeux de hasard. Nous savons d'ailleurs, par des textes épigraphiques, que certaines actions populaires de ce genre s'exerçaient par voie de *manus iniectio*[2].

Rien ne permet de croire qu'il faille ranger parmi ces actions une action *furti* populaire au quadruple[3]. On voit que les sources n'en font aucune mention. Et, pour l'admettre, il faudrait échafauder des hypothèses non seulement gratuites, mais même démenties d'avance par la glose de Festus : la *quadruplatio* ne s'entendait, dit Festus, que des actions au quadruple fondées sur des lois (quarum *ex legibus* quadrupli erat actio). Or la *pœna quadrupli* en matière de vol n'a été introduite que par l'édit du préteur, Gaius le dit formellement[4].

Toutefois on pourrait peut-être tirer du discours de Saturio une objection contre notre raisonnement. Car le vers 74 fait une allusion à l'édit du préteur qui semble avoir échappé aux historiens du droit. Les *quadruplatores*, dit Saturio, assaillent le bien d'autrui « *albo rete* », c'est-à-dire en se servant, comme filet, de l'*album* du préteur[5]. L'édit renfermait-il donc, dès le temps de Plaute, des dispositions relatives à l'exercice des actions civiles? Faut-il réviser la plupart des notions, si péniblement acquises[6], qui ont cours aujourd'hui sur le caractère de l'édit au VIe siècle?

[1] Bruns, *Die römischen Popularklagen*, *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, III (1864), pp. 341-415 (et *Kleinere Schriften*, I (1882), pp. 373-375); Fadda, *L'Azione popolare*, I, 1894; Mommsen, *Die Popularklagen*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXIV (1903), R. A., pp. 1-12; Girard, *Manuel*[4], p. 1014, 2.

[2] Voy. dans Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], pp. 283 et 189 et Girard, *Textes*[4], pp. 25 et 130, le texte de l'inscription de Luceria (500-550?) et celui du Sénatus-Consulte sur le *Pagus Montanus*.

[3] Comme le croit p. ex. Ussing, V, pp. 419-420.

[4] Gaius, III, 189. *Supra*, p. 61. Nous ne pouvons donc pas supposer p. ex. que la loi Hostilia, qui créant dans certains cas une action *furti* populaire (*supra*, pp. 117 et sqq.), ait admis, au cas de *furtum manifestum*, une *pœna quadrupli*.

[5] On peut traduire aussi « avec un filet blanc »; le double sens a sans doute été cherché par Plaute. Cf. Ussing, V, pp. 420-421. Nous croirions volontiers qu'il y a là une allusion aux *retiarii* qui paraissaient dans les jeux publics. *Oppugnare* s'entendrait mieux d'un gladiateur que d'un pêcheur ou d'un chasseur; et *hic* désignerait l'enceinte des jeux, où se déroulaient, en effet, les spectacles athlétiques aussi bien que les spectacles dramatiques.

[6] Cf. notamment, en dernier lieu, Lenel, *Der Prätor in der Lex Aebutia* (*Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXX (1909), R. A., pp. 329-354), pp. 339 et sqq.; Fu-ven Vinard.

La question nous embarrasserait fort, si nous devions en effet considérer le monologue de Saturio comme un ensemble cohérent de motifs romains. Mais nous savons aujourd'hui que le passage qui nous intéresse est grec dans toute sa contexture, et que les mots seuls sont latins. Il n'y a pas, dans la critique juridique de Plaute de résultat mieux établi. M. Leo, avec des arguments surtout philologiques, MM. Dareste et Partsch, avec des arguments de droit, ont prouvé que Plaute a suivi ici son modèle pas à pas[1], et qu'il s'est borné à traduire les expressions techniques qu'il y rencontrait par les expressions techniques correspondantes de la langue latine. Ainsi les sycophantes sont devenus des *quadruplatores*[2], les ἕνδεκα ont cédé la place aux *tres viri*, l'ἀπαγωγή ou la φάσις a été remplacée par la *manus iniectio*[3]. Cette transposition nous donne un tableau grec composé avec des traits romains, duquel nous ne pouvons tirer parti, ni, comme le remarque M. Partsch[4], pour l'étude des actions populaires romaines, ni pour l'étude de la compétence des *tres viri capitales* comme jurés de procès privés[5], ni enfin pour l'étude de l'édit du préteur au VIe siècle[6]. Nous n'avons point à insister sur la

Beiträge zur Geschichte des Edictum praetoris urbani, Leipzig, 1909; Girard, *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia (Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXIX (1908), R. A., pp. 113-169), pp. 150 et sqq.: et *Mélanges de droit romain*, I pp. 149 et sqq., etc.

[1] Leo, *Plautinische Forschungen*², pp. 122-125; Dareste, *Le Persan de Plaute. Mélanges Henri Weil*, 1898, p. 107; Partsch, *Römisches und griechisches Recht in Plautus Persa. Hermes*, XXV (1910), pp. 598-602. *Contra* Fredershausen, pp. 69-70.

[2] La démonstration est faite, pour le *Persa*, par Leo², pp. 124-125.

[3] Les inscriptions grecques nous fournissent des exemples d'ἀπαγωγή populaire avec prime au profit du saisissant. P. ex. inscription d'Erétrie (Rangabé, *Antiquités helléniques*, II, p. 266, n. 689, l. 51 et sqq.; inscription d'Andania (Dittenberger, *Sylloge*², 653, l. 78 et sqq. Ziebarth, *Popularklagen mit Delatorenprämien nach griechischem Recht. Hermes*, XXXII (1897), pp. 609-628. Pour la φάσις, voy. Partsch, p. 601.

[4] Partsch, *l. c.*, p. 602.

[5] Cf. Mommsen, *Droit public*, IV, p. 307, 1; Girard, *Organisation judiciaire*, I, pp. 177-178.

[6] L'allusion à l'*album* peut être elle-même traduite du grec. L'une des actions que menaçaient souvent d'intenter les sycophantes était la γραφὴ παρανόμων (sur laquelle voy. en dernier lieu Lipsius, II, 1, pp. 383-397) : elle s'intentait contre toute personne qui avait proposé ou fait voter une loi ou un décret inconstitutionnel (Cf. Francotte, *Loi et décret. Musée Belge*, VIII (1904), pp. 329-338). Il semble que Plaute, en mettant dans la bouche de Saturio les mots *legirupam damnare*, s'est inspiré d'un passage qui visait la γραφὴ παρανόμων. Or, comme les auteurs de propositions de lois les publiaient, au commencement de chaque année en les

démonstration, pour laquelle il nous suffit de renvoyer aux travaux de nos devanciers [1].

Remarquons d'ailleurs que Plaute avait pu d'autant plus aisément traduire συκοφάντης et συκοφαντεῖν par *quadruplator* et *quadruplari*, que le sens de ces derniers mots était devenu, dès le VIe siècle, plus large et plus vague. Comme l'atteste Pseudo-Asconius, on appelait aussi *quadruplatores* les délateurs de délits publics, bien que les

affichant sur l'Agora, devant les statues des héros éponymes, εἰς λεύκωμα (= *in album*, sur un tableau blanc. Demosth., *Contr. Timocr.*, 23, p. 707; cf. Demosth., *Contr. Leptin.*, 94, p. 485), l'auteur de la pièce grecque pouvait jouer sur les mots λευκός, λεύκωμα, et définir le λεύκωμα comme l'arme offensive du sycophante. Peut-être Plaute aurait-il traduit par une plaisanterie sur l'*album* du préteur une plaisanterie grecque sur le λεύκωμα?

[1] Nous avions développé cette démonstration, avant que parût l'article de M. Partsch, qui l'a rendue inutile. Bornons-nous à noter que le caractère grec du monologue de Saturio, — au moins à partir du vers 60, — se trahit par des indices tirés de la composition générale du passage, et de la matière juridique qui y est contenue. Le vœu législatif de Saturio rentre dans une catégorie de motifs chers à la comédie grecque, celle des projets relatifs à une amélioration possible de l'ordre moral ou juridique : les comiques avaient emprunté ces motifs à Eupolis, qui les tenait lui-même de la sophistique (Leo², pp. 115 et sqq.). De pareils projets, qui ne se conçoivent guère à Rome dans la bouche d'un homme privé, se conçoivent fort bien à Athènes, où tout citoyen peut proposer des lois. Plaute paraît lui-même sentir que sa traduction s'adapte mal aux mœurs romaines, puisqu'il interrompt brusquement le parasite, en lui faisant dire : « Suis-je sot de m'occuper de la chose publique, lorsqu'il y a des magistrats pour cela ? » Quant au contenu du vœu émis par Saturio, il correspond uniquement à des préoccupations juridiques grecques. Le droit romain n'a manifesté que très tardivement, — et peut-être sous l'influence d'idées helléniques (Partsch, p. 599, 4; Bruns-Sachau, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, p. 235), — le souci de punir par une sorte de talion les accusateurs téméraires. Le droit grec, au contraire, l'a manifesté dès avant le IVe siècle, et nous possédons des traces de dispositions législatives qui s'en inspirent. Voy. en ce sens l'inscription d'Erythrée et le texte d'Isée (IV, 11) cités par Partsch, pp. 600 et 602, auxquels nous joindrions un passage du *Trapézitique* d'Isocrate (c. 11), où l'on voit Menexenos, faussement accusé par Pasion, intenter contre lui, pour cause de poursuite calomnieuse, une action de sycophantie, et réclamer la même condamnation qui l'eût frappé si Pasion avait triomphé : ἀξιῶν τὴν αὐτὴν παθεῖν ἐκείνῳ γίγνεσθαι ζημίαν, ἥσπερ ἂν αὐτὸς ἔτυχεν, εἰ τι τούτων ἐπράττετο πολίτας; — peut-être aussi le § 71 du *Livre Syro-romain* (L., 71; R. II, 114; R. III, 71; cf. Ar., 108; P. 75. Trad. Ferrini, *Fontes juris romani anteiustiniani*, p. 657) : si vehit vel aliquem alium maiorum facinorum accusare, non dant ei τόπον facultatem, nisi se detetet fideiussores quod stabit et accusabit et probabit. Si vero non probaverit, erit eus eius criminis, cuius accusatus est qui malum facinus gessit), si ce paragraphe contient effectivement du droit hellénique, comme nous le croirions volontiers. Cf. en sens divers Mitteis, *Das syrisch-römische Rechtsbuch und Hammurabi*, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXV (1904), R. A., pp. 287-288; Mueller, *Das syrisch-römische Rechtsbuch und Hammurabi*, Wien, 1906, pp. 41-42.

actions criminelles qu'ils intentaient ne leur fissent acquérir qu'une prime très inférieure au quadruple. Le sens étymologique du mot s'effaçait. L'exercice des actions populaires au quadruple avait dû occasionner bien des chantages, et c'est pourquoi la qualification de *quadruplator* était donnée à tous les délateurs. Dans la Rhétorique à Herennius, ou chez Cicéron, *quadruplator* ne désigne qu'un dénonciateur quelconque[1].

Nous croyons que tous les passages de Plaute qui parlent de *quadruplatio* se bornent à traduire des passages de la comédie attique qui parlent de συκοφαντία. Dans le *Truculentus*, c'est en sycophante que se comporte Diniarchus lorsqu'il menace sa maîtresse d'une *manus iniectio* au quadruple : comme un sycophante, il se déclare prêt à intenter contre elle une action quelconque pour se venger d'elle[2]. De même, dans le *Curculio*, c'est encore en sycophante que s'exprime l'adversaire de Therapontigonus, lorsqu'il le menace de faire financer au quadruple celui-ci et le *leno*[3]. Ce sont là tentatives d'intimidation, fanfaronnades peut-être, de toute façon allégations qui ne se rapportent pas à une imputation définie. D'où la conclusion qui s'impose : il n'y a pas trace, chez les comiques latins du VIe siècle, d'une action *furti manifesti* au quadruple.

[1] Auct. ad Herenn., II, 26, 61; IV, 51, 65; Cic., *In M. Caecilium Divinatio*, 7, 24, et 21, 68; *In Verr.*, II, 2, 7, 21 (ce dernier texte particulièrement significatif): II, 2, 8, 22; II, 2, 64, 135. Cf. II, 3, 13, 34.

[2] Précisément, Diniarchus fait à ce propos (V. 761 : iam hercle apud... magistratus faxo erit nomen tuom) une allusion évidente à l'ἔνδειξις grecque, liée de près, comme on sait, à l'ἀπαγωγή. Cf. Girard *Organisation judiciaire*, I, p. 249, 1.

[3] Aussi serions-nous tentés de mettre la menace du vers 619 (quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam) dans la bouche de Curculio plutôt que dans celle de Phaedromus : car on n'ignore pas que la comédie nouvelle confond généralement le rôle du parasite avec celui du sycophante. Leo, *Plaut. Forschungen*², p. 125, 1. Cf. Legrand, *Daos*, p. 93.

CHAPITRE V

CATON LE CENSEUR

1. Les clauses des *leges oleae legundae* et *oleae faciundae* (*De agri cultura*, 144 et 145) relatives aux indélicatesses commises par des ouvriers. — § 2. Les clauses des mêmes *leges* relatives aux indélicatesses de l'entrepreneur. — § 3. La source à laquelle Caton a emprunté ces clauses. Les *Actiones* de Manilius.

M. Porcius Cato, né en 520 (= 234), qui fut consul en 559 (= 195), censeur en 570 (= 184), et mourut en 605 (= 149), peut se ranger parmi les jurisconsultes. Cicéron lui décerne le titre de « iuris civilis omnium peritissimus [1] »; Cornelius Nepos, moins emphatique, l'appelle encore « peritus iurisconsultus [2] », et Pomponius le place, dans sa liste chronologique de prudents romains, après Sextus Ælius, et avant Publius Mucius Scaevola, Junius Brutus et M' Manilius [3]. Malheureusement, nous ne possédons à peu près rien des *responsa* et des *commentarii iuris civilis* qu'il avait laissés [4]. Mais, dans ses autres œuvres, nous rencontrons quelques passages juridiques qu'il convient de relever, parce que, s'ils ne fournissent guère de données positives sur les points qui nous intéressent, ils ont du moins l'avantage de poser des questions importantes. Ces passages se rencontrent surtout [5] dans le traité *De agri cultura*, sorte de *vade-mecum* du propriétaire terrien qui rappelle assez exactement les *Maisons rustiques* de notre époque. Caton,

[1] Cic., *De or.*, I, 37, 171.

[2] Corn. Nep., *Cato*, 3, 1.

[3] Pompon., *Dig.*, I, 2, fr. 2, 38.

[4] Jors., *Röm. Rechtswissenschaft*, I, pp. 278-280; Bremer, I, pp. 16-18, [illegible] pp. 19-22.

[5] Nous en avons signalé un autre qui se rencontrait dans une autre partie du *De agri cultura* (*Supra*, p. 73), et nous retrouverons plus loin le passage de l'*Oratio de praeda militibus dividenda* rapporté par Aulu-Gelle, V, 4, XI, 18, 18 : Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpura. *Infra*, c. XI, § 7, c. XVI, § 1.

ayant accumulé dans ce livre toutes sortes de recettes[1], n'a eu garde d'omettre les recettes juridiques, et il y a recueilli de longs et cauteleux formulaires applicables aux principaux actes que peut avoir à passer l'exploitant d'un fonds rural. Il donne ainsi des modèles de ventes de récoltes, de ventes de bétail ou d'esclaves, de louages de main-d'œuvre[2], etc., etc. L'interprétation de ces formulaires présente de sérieuses difficultés, parce que le texte nous est parvenu très mutilé et très remanié[3], et que la langue juridique n'a pas encore acquis chez Caton cette fermeté et cette précision que lui donneront les jurisconsultes des siècles suivants[4]. Aussi, malgré les efforts très méritants d'Usener[5], de Bekker, de Bechmann[6], de Keil[7], de Gummerus[8], et de quelques autres[9], sommes-nous réduits sur bien des points à des interprétations conjecturales. Nous n'avons pas à reprendre dans l'ensemble les investigations de ces chercheurs. Nous nous bornerons à étudier ici les clauses des formulaires rassemblés par Caton qui intéressent la théorie du *furtum*[10].

[1] On tend de plus en plus à considérer aujourd'hui le *De agri cultura* comme un recueil d'observations et de recettes qui n'était pas destiné à la publicité, qui n'a pas été revu par son auteur, et qui peut-être (??) a été remanié, et enrichi de formules nouvelles, par ceux qui s'en sont servis après lui. Ainsi s'expliquent les répétitions qu'on y rencontre, le désordre qui y règne. Il n'est pas besoin de supposer, comme l'ont fait plusieurs auteurs depuis Keil (*Observationes criticae in Catonem et Varronem*, Halle, 1849, pp. 65 et sqq.), que l'ouvrage que nous possédons est une compilation formée d'extraits du texte original. Voy. les éléments de la discussion dans Gummerus, *Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella* (*Beiträge zur alten Geschichte*, Beiheft V), Leipzig, 1906, pp. 15-16; Leo, *Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 272, n. 1.

[2] Joers, I, pp. 217 et sqq.; 277-278.

[3] Keil, *M. Porci Catonis de agricultura liber*; *M. Terentii Varronis rerum rusticarum libri tres* (Lipsiae, 1884-1897, 3 vol.). Commentarius, t. II, p. 149 : In legibus de operibus rusticis locandis et de fructu vendendo, c. 144-150, multa perturbata, nonnulla etiam verbis quibusdam omissis corrupta esse apparet.

[4] Bekker, *Ueber die leges locationis bei Cato de re rustica* (*Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, III (1864), pp. 416-445), p. 430.

[5] Usener, *Zu Cato. Rheinisches Museum*, XIX (1864), pp. 141-144.

[6] Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Rechte*, I, pp. 526 et sqq.

[7] Keil, Comm. des c. 144-149 du *De agri cultura*, dans le tome II de son édition de Caton et Varron (pp. 149-161).

[8] Gummerus, *l° c°*, pp. 28 et sqq.

[9] Nitzsch, *Ueber Catos Buch vom Landbau. Zeitschr. für die Alterthumswissenschaft*, 1845, pp. 493 et sqq.; Rudorff, *Ind. lect. Berolin. aestiv.*, 1846-1847 (s'occupe seulement de la *lex pabuli hiberni vendendi*).

[10] Nous laissons notamment de côté tout ce qui concerne les sanctions contrac-

I

Ces clauses figurent dans deux formulaires de *leges locationis* : 1° dans celui de la *lex locationis* relative à la cueillette des olives *(lex oleae legundae)* (c. 144): 2° dans celui de la *lex locationis* relative à la fabrication de l'huile *(lex oleae faciundae)* (c. 145[1]). Lorsque vient le temps de cueillir les olives et de fabriquer l'huile[2], l'agriculteur a besoin d'un supplément de bras. Ordinairement, il s'adresse à un entrepreneur *(redemptor)* qui lui fournit le personnel nécessaire. L'agriculteur et le *redemptor* passent un contrat de louage, soit une *locatio operarum* si l'on paie le *redemptor* à tant par jour et par homme, soit une *locatio operis faciendi* si l'on attribue au *redemptor* une rémunération forfaitaire pour un certain travail à accomplir[3]. Caton distingue les deux hypothèses à plusieurs reprises, particulièrement dans les *leges locationis* dont nous nous occupons[4]. La rémunération *(merces)* qu'on alloue à l'entrepreneur se fixe sans doute en argent, mais elle se complète de prestations accessoires *(accessiones*[5]). L'entrepreneur fournit un certain nombre d'ouvriers (= *operarii)* pour la cueillette (= *leguli, strictores)* ou pour la fabrication (= *factores*). Sont-ce des hommes

tuelles de nos *leges* : actions données aux parties et système des *deductiones*. Sur ces questions, voy. Bekker, *l. c.*, pp. 436-445.

[1] Les formes archaïques *legundae* et *faciundae* sont données par l'*Index* placé en tête du manuscrit de Florence, aujourd'hui perdu, mais dont la collation faite par Angl. Poliziano sert de base aux éditions modernes. Ed. Keil, I, p. 10[5].

[2] La fabrication de l'huile doit avoir lieu aussitôt après la cueillette. Cato, *De agri cultura*, 3, 2; et 64, 2.

[3] Bekker, p. 420.

[4] Cato, *De agri cultura*, 4 : Vicinis bonus esto, familiam ne siveris peccare. Si te libenter vicinitas videbit, facilius tua vendes, opera(s) facilius locabis, operarios facilius conducés. C. 144, 3, 8 : Si non praehuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur. C. 145, 1, 5 : Si operarii conducti erunt, aut facienda (sc. olea) locata erit... Nous citons les textes du *De agri cultura* d'après l'édition Keil, I, pp. 91 et sqq. Nous avons utilisé aussi l'édition donnée, d'après Keil, par Bruns-Gradenwitz, *Fontes iuris romani antiqui*[7], II, 1909, pp. 47-51, commode à cause de sa division en paragraphes.

[5] Cato, c. 144, 4, 14, et 145, 3, 11. C'est précisément l'existence de ces accessoires en nature qui permet de penser que le principal de la *merces* consiste en argent. Bekker, *l. c.*, p. 428; Pernice, *Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, *Parergon*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, III (1882), R. A., p. 51.

libres ou des esclaves? On ne saurait répondre avec certitude[1]. Quelques passages des formulaires s'adaptent mieux à l'hypothèse de travailleurs libres, associés ou employés du *redemptor*[2]; la plupart restent vagues et ambigus[3], peut-être parce qu'on a voulu qu'ils pussent s'appliquer indistinctement aux deux cas. Sans doute, nous le savons par ailleurs[4], on préfère communément la main-d'œuvre libre; mais on emploie parfois aussi, selon les disponibilités et les besoins, la main-d'œuvre servile.

Les *leges oleae legundae* et *oleae faciundae* cherchent à prévenir les détournements d'olives et d'huile que pourraient commettre le *redemptor* et son personnel.

La responsabilité individuelle des ouvriers est réglée par le § 4 du c. 144 et le § 7 du c. 145. Nous rapprochons ces deux paragraphes, qui s'éclairent mutuellement.

C. 144, 2, 4. Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. Qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur.

C. 145, 2-3, 7. Factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem sese de fundo L. Manli neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse. Qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur.

« Tous les travailleurs employés à la cueillette doivent jurer au propriétaire ou au surveillant qu'ils n'ont point soustrait — ni eux ni qui que ce soit par leur dol — des olives de la récolte en question provenant du fonds de L. Manlius. Si l'un d'eux refuse ce serment, pour toute sa cueillette personne ne donnera d'argent et personne n'en devra. »

[1] Bekker, *l. c.*, pp. 430-431, et Gummerus, p. 25, pensent que le personnel du *redemptor* se compose de travailleurs libres.

[2] Ainsi c. 144, 2, 4 : Pro eo argentum nemo dabit neque debebitur. *Nemo* semble désigner à la fois le propriétaire et le *redemptor* : le propriétaire ne donnera rien au *redemptor* pour le travail de l'ouvrier, le *redemptor* ne donnera rien à l'ouvrier (ce qui suppose un ouvrier libre).

[3] P. ex. le c. 145, 2, 7, parle de la part qui revient à chaque *factor* dans la *merces*, mais sans que l'on sache exactement s'il s'agit de la part attribuée au *factor* même, ou de la part attribuée au *redemptor* pour le travail de ce *factor*.

[4] Varro, *De re rustica*, I, 17, 2.

« Tous les travailleurs employés à la fabrication de l'huile doivent jurer au propriétaire ou au surveillant qu'ils n'ont point soustrait — ni eux ni aucune autre personne par leur dol — de l'huile ou des olives provenant du fonds de L. Manlius. Si l'un d'eux refuse ce serment, on retiendra ce qui lui revient et on n'en devra rien. »

Ainsi, pour s'assurer que les ouvriers n'ont point cédé à la tentation d'indélicatesse, on leur impose la prestation d'un serment; non point d'un serment promissoire, comme le serment militaire que nous avons étudié, mais d'un serment affirmatoire tendant à attester la véracité d'allégations relatives au passé (*non subripuisse*); et même, disons mieux, d'une sorte de serment purgatoire. Chaque travailleur doit le prêter quand son travail est fini. S'il le prête, il échappe à tout soupçon de vol; s'il s'y refuse, il passe pour coupable ou complice. Mais, au lieu d'encourir la répression ordinaire du vol, il n'encourt que la perte de sa part de rémunération, que le propriétaire retient au moment du règlement général[1]. Rien ne s'oppose à un pareil arrangement, puisque « de furto pacisci lex permittit », et qu'on peut d'avance substituer une peine conventionnelle à la peine légale pour un cas déterminé[2].

Le serment imposé aux travailleurs comprend une double affirmation : une affirmation relative à leur propre fait et une affirmation relative au fait d'autrui.

1° Une affirmation relative à leur propre fait. Dans la *lex oleae legundae*, ils jurent « sese... oleam non subripuisse »; dans la *lex oleae faciundae*, ils jurent « sese[3] de fundo L. Manli... oleum neque oleam subripuisse ».

[1] La perte est donc pour l'ouvrier, si c'est un homme libre, employé ou *socius* du *redemptor*; mais elle retombe sur le *redemptor*, si l'ouvrier est un esclave.

[2] Le règlement qui inflige la retenue du salaire à l'ouvrier qui, son travail achevé, refuse de jurer, a été consenti par le *redemptor*. Si l'ouvrier est un homme libre, la clause en question constitue une promesse pour autrui. Il est possible que le droit du VIe siècle, encore si informe dans nos *leges* (Bruns, pp. 436-437), ignorât la nullité des promesses pour autrui. Remarquons d'ailleurs, ce qui supprime toute difficulté, que la *deductio* se fait sur la *merces* attribuée au *redemptor* et que celui-ci, pour se dispenser de payer à l'ouvrier récalcitrant la part de rémunération qu'on lui a retenue, a pu insérer à ce sujet une clause dans le contrat (louage de services ou société) qui le lie à cet ouvrier.

[3] La leçon *esse de fundo L. Manli* qu'on trouve dans Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[5], II, p. 48, doit provenir d'une erreur matérielle. Les manuscrits portent bien *sese*, et l'on n'arrive pas, avec la leçon *esse*, à un sens plausible.

2° Une affirmation relative au fait d'autrui. Dans la *lex oleae legundae*, ils jurent « sese... non subripuisse neque quemquam suo dolo malo » ; dans la *lex oleae faciundae*, ils jurent « sese... neque alium quemquam suo dolo malo... subripuisse ». Cela ne va pas sans difficulté[1] : chaque déclarant jure non seulement qu'il n'a rien dérobé personnellement, mais encore que personne n'a rien dérobé. Et l'affirmation en question se présente sous une forme absolue, bien faite pour surprendre. Peut-on concevoir, en effet, qu'on atteste non seulement ce qu'on sait du fait d'autrui, mais aussi ce qu'on en ignore ? Peut-on admettre un serment affirmatoire prêté non subjectivement, mais objectivement ? Et peut-on croire, au point de vue pratique, que l'ouvrier encoure une responsabilité parce qu'il a de bonne foi juré qu'aucune soustraction n'a eu lieu, alors qu'en réalité un vol s'est commis à son insu ? Il y aurait là une anomalie peu justifiable, si les mots *neque quemquam* ne précédaient, dans les deux textes, les mots *suo dolo malo*, qui s'y rattachent, croyons-nous, étroitement et exclusivement, et qui en limitent la portée en y ajoutant l'idée de la mauvaise foi du déclarant. Celui-ci n'encourt une responsabilité que s'il s'est associé par sa mauvaise foi (*suo dolo malo*[2]) au fait délictueux. Sans doute n'est-il pas nécessaire pour cela qu'il ait usé de manœuvres dolosives caractérisées ; il suffit qu'il ait connu le fait sans le révéler ; il n'est pas besoin d'un acte de commission ; l'acte d'omission suffit. Nous traduirions le passage de la façon suivante : « Tout travailleur doit jurer... que nul à sa connaissance n'a soustrait... »

2

Outre ces dispositions relatives à la responsabilité individuelle

[1] Signalons, sans y insister, l'opinion de Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*. II, p. 787, 2, d'après laquelle la *lex* s'occuperait ici des faits de complicité : le concours ou l'instigation d'un complice ne se désignent jamais par l'expression *dolus malus*.

[2] La mauvaise foi dont parlent nos formulaires est bien celle du déclarant. C'est pour cela que le texte spécifie *suo dolo malo*, employant ainsi une expression dont nous n'avons pas d'équivalent dans les autres sources (Cf. notamment le serment militaire : furtum non facies *dolo malo*. *Supra*, p. 123). Bien que Caton n'emploie pas toujours le possessif réfléchi *suus* avec autant de rigueur que ses successeurs (cf. Keil. II, p. 53), on ne peut guère douter que *suus* ne se rapporte ici au sujet de la phrase *omnes iuranto*.

des ouvriers, nos formulaires contiennent des dispositions relatives à la responsabilité encourue par l'entrepreneur pour son fait[1].

C. 144, 3, 9. De fundo ligna et oleam ne deportato. Qui oleam legerit, qui deportarit, in singulas deportationes HS N. II deducentur neque id debebitur[2].

« Défense d'enlever hors du fonds du bois ou des olives. Si, en faisant la cueillette, on enfreint cette défense, on retiendra (sur la *merces*) deux sesterces par charroi, et cette somme ne sera point due. »

C. 145, 2, 6. Oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, nisi quod custos dederit aut dominus. Si sumpserit, in singulas sumptiones HS N. XL deducentur, neque debebitur.

« Défense de toucher à l'huile pour la consommer ou la voler, exception faite pour ce que le surveillant ou le propriétaire aurait donné. Si l'on en prend, on retiendra sur la *merces* quarante sesterces par infraction, et cette somme ne sera point due. »

Ces deux dispositions, que l'on rapproche communément l'une de l'autre[3], diffèrent sensiblement par leur terminologie et aussi — puisque cette terminologie paraît avoir été choisie soigneusement — par leur contenu. L'une, celle qui figure dans la *lex oleae legundae*, défend de faire sortir (*deportare*) du bois ou des olives du fonds. Rien n'établit, quoi qu'on ait pensé[4], qu'il s'agisse là d'un *furtum*. Le chiffre singulièrement bas de la *deductio* qui sanctionne la prohibition de *deportare*, et dont rien n'autorise à révoquer en doute l'authenticité[5], tend même à prouver le contraire. Mais il faut expliquer alors à quelle autre hypothèse la disposition peut s'appliquer. Nous possédons deux passages d'autres

[1] Il s'agit bien de détournements dont répond le *redemptor*, comme le prouve le singulier (— ne deportato; ne tangito) employé par les formulaires dans nos articles comme dans tous ceux où une prescription s'adresse au *redemptor* (Oleam legendo; ...ne stringito; ...reddito; ...praebeto; ...facito; ...resolvito, etc.).

[2] Nous substituons, pour l'abréviation du mot *sestertius*, le sigle usuel HS au sigle SS qui figure dans les éditions imprimées, mais qui, comme Keil le remarque lui-même (II, pp. 151-152), ne correspond pas exactement aux données du manuscrit.

[3] Bekker, p. 428; pp. 436-437; Keil, II, p. 151.

[4] Keil, *loc. cit.* : Schnederus... monuit... maius esse damnum dominum ex silva furto quam ex furto olearum.

[5] Gessner a douté de son authenticité, mais seulement en vertu d'idées préconçues, en postulant l'identité de la *deportatio* et du *furtum*. Keil, II, pp. 151-152.

formulaires où se rencontre aussi le mot *deportare*. Dans la *lex oleae pendentis*, applicable aux ventes d'olives sur pied, figure une clause (C. 146, 2, 5) qui attribue au vendeur non payé un droit de gage sur le matériel introduit par l'acheteur dans le fonds *(quae in fundo illata erunt)*. Ce droit de gage entraîne un droit de rétention : « Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto[1]. » Dans la *lex vino in doliis*, applicable aux ventes de vin logé, une clause (C. 148, 2, 8[2]) assigne à l'acheteur un certain délai pour enlever le vin, faute de quoi le vendeur en disposera à son gré : « Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet. » La comparaison de ces passages nous permet d'affirmer que le mot *deportare*, qui signifie proprement *déplacer*, *faire sortir*, *transporter au dehors*, n'est, dans la langue de Caton[3], ni l'équivalent de *subripere*, ni l'équivalent de *furari*, et qu'aucune idée péjorative n'y est attachée : dans un cas, *deportare* s'applique à l'enlèvement par un *redemptor* de ce qu'il a acheté; dans l'autre, il s'applique à l'enlèvement par un *redemptor* de son matériel[4]. Aussi peut-on croire que la *lex oleae legundae* ne réprimait, sous le nom de *deportatio*, que l'enlèvement d'objets dont le *redemptor* avait le droit de disposer. Les olives pouvaient, en effet, être celles que le contrat lui attribuait à titre de rémunération accessoire[5] : la *merces* n'étant payable qu'après déduction éventuelle des diverses retenues prévues par la *lex*[6], le *redemptor* ne devait enlever les *accessiones*

[1] Nous n'avons pas à envisager ici les difficultés juridiques que soulèvent ces derniers mots. Voy., entre autres, Bekker, *l° c°*, p. 445; Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig, 1860-1864, I, p. 65; Herzen, *La date des actions hypothécaires romaines*. *Nouv. Rev. Hist.*, XXIII (1899), pp. 9-10; Girard, *Manuel*[5], p. 768, 1; Riccobono, dans *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXXIV (1913), R. A., p. 159.

[2] Cette clause, qui s'accorde mal avec les précédentes (c. 148, 2, 5-6), est peut-être maladroitement empruntée à la *lex vini pendentis* (c. 147, 3 : Locus vinis ad K. Octobr. primas dabitur. Si non ante ea exportaverit, dominus vino quod volet faciet); mais cela importe peu pour le sens à attribuer au mot *deportare*.

[3] *Deportare* a pu être pris dans un autre sens, mais seulement à une époque postérieure. Cf. p. ex. l'inscription d'Henchir Mettich, III, 22 (Girard, *Textes*[4], p. 873).

[4] En droit classique, on penserait, il est vrai, à un *furtum* portant sur le *pignus*. Mais, pour Caton, la sanction n'a visiblement pas un caractère pénal.

[5] C. 144, 5, 14.

[6] C. 144, 2, 3-4; 3, 6-7-8; 4, 13.

qu'après l'achèvement du travail et la liquidation de son compte. Quant aux *ligna* que la *lex* défend également d'enlever, on arrive moins facilement à conjecturer quelle en est la nature, car ils ne figurent pas dans les *accessiones*. S'agit-il de fournitures faites par le *dominus* au *redemptor*, ou de matériaux introduits par le *redemptor* sur le fonds? La question reste pendante.

Tout au contraire de la précédente, la clause symétrique de la *lex oleae faciundae* s'applique à de véritables vols commis par le *redemptor* : elle contient le terme caractéristique *furari* : « Oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa[1] », et le taux de la *deductio* correspondante semble suffisamment élevé (40 sesterces) pour constituer la sanction d'un vol. Les voleurs se laissaient tenter par l'huile plutôt que par les olives brutes, utilisables seulement après de longues manipulations[2] : Caton néglige de mettre en garde le surveillant contre les vols d'olives; mais il l'exhorte à veiller soigneusement sur l'huile dans le pressoir et dans le cellier[3]. Le vol d'huile paraît n'être puni que par la retenue opérée sur la *merces*. Le texte a soin d'ailleurs de spécifier que toute responsabilité disparaît lorsque l'huile a été donnée par le surveillant ou le propriétaire. Les *accessiones* du contrat comprennent, en effet (c. 145, 3, 11), l'huile et le sel en quantité suffisante pour la consommation des travailleurs : « Accedet oleum et sale suae usioni quod satis siet[4]. » Ailleurs[5], Caton recommande au *custos* de donner aux ouvriers après chaque pressée (*factus*) un setier d'huile, et de quoi garnir les lampes : « Factoribus det in factus olei sextarios et in lucernam quod opus siet. » Comme il s'agit là d'huile à employer immédiatement, et que, précisément, le quantum de la prestation dépend de ce que consomment au jour le jour les ouvriers, on ne peut en retarder la fourniture après l'achèvement du travail. Nous ne rencontrons donc, dans la *lex oleae faciundae*, rien de semblable à l'interdiction de *deportare oleam* que contenait la *lex oleae legundae*.

[1] Nous n'attachons pas grande importance à l'opposition apparente des mots *utendi* et *furandi*, d'où l'on pourrait conclure que *furari* s'applique uniquement aux soustractions qui n'ont pas pour but un usage immédiat.

[2] Bussier, V° *Olea*, dans *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, IV, p. 162-171.

[3] C. 67, 2 : In torculario et in cella caveat diligenter ne quid olei subripiatur.

[4] Keil, II, p. 156.

[5] Cato, *De agri cultura*, c. 62, 1.

Telles sont les dispositions touchant, de près ou de loin, à la matière du *furtum*, que contiennent les *leges locationis* recueillies par Caton. Elles restent fort énigmatiques, et nous renseignent peu sur le droit commun du *furtum* au VIe siècle. Ni en argumentant par analogie, ni en argumentant par *a contrario*, nous n'en pouvons tirer aucune donnée d'application générale : car elles ne nous fournissent que des définitions conventionnelles des actes qu'elles entendent prévenir. Leur rédacteur, s'inspirant de nécessités locales ou techniques, a pu s'écarter plus ou moins de la notion courante et légale de ces actes. Aussi nous garderons-nous de les employer, comme d'autres l'ont fait, pour établir, par exemple, que tout *furtum* implique une soustraction (argument des mots *subripere* ou *sumere*[1]), ou que tout *furtum* suppose la mauvaise foi chez le voleur[2]. Nous ne nous appuierons pas sur le serment imposé aux *operarii* pour soutenir que l'on pouvait couramment se laver d'une accusation de vol par le serment purgatoire[3]. Nous ne hasarderons aucune conjecture sur les lacunes ou les inconvénients possibles des sanctions ordinaires du *furtum*, ni sur les raisons qui ont amené à leur substituer les sanctions contractuelles organisées par nos *leges*.

3

Il nous reste à rendre compte du nom propre (L. Manlius) que nous avons rencontré à deux reprises dans les formulaires de Caton. Cette question d'ordre général doit être agitée ici, parce que nous devons rechercher les sources auxquelles Caton a puisé les formules qu'il nous a transmises. Peut-être pourrons-nous présenter à ce propos une hypothèse que nous croyons nouvelle, et qui explique certains traits disparates de nos *leges locationis*.

Les employés du *redemptor* doivent, d'après la *lex oleae legundae*

[1] C'est l'erreur de Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 553, 2 : erreur, qui s'aggrave ici de ce fait, que la *lex oleae legundae* (à la différence du serment militaire invoqué dans le même sens) ne prononce pas le mot de *furtum*, et que nous ignorons absolument si l'acte qu'elle prévoyait s'identifiait avec le *furtum* du droit commun.

[2] C'est l'erreur de Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 142, 1. Nous croyons avoir établi d'ailleurs que, dans notre texte, la mauvaise foi n'est requise chez le déclarant que lorsqu'il prête serment pour le fait d'autrui.

[3] Mais nous ne prétendrons pas non plus, avec M. Bekker (*l^e c^e*, p. 437), que le serment était dénué d'effets juridiques.

et la *lex oleae faciundae*, jurer qu'ils n'ont rien soustrait des olives ou de l'huile provenant « *ex fundo L. Manli* ». A cette double mention de *L. Manlius*, il faut en joindre une autre qu'on trouve dans la *lex oleae legundae*[1], et deux autres, beaucoup moins sûres, qu'on trouve dans d'autres endroits (aux chapitres 141 et 151-152). Au chapitre 141, Caton donne un modèle d'instructions à prescrire pour purifier une propriété rurale par le sacrifice des *suovetaurilia*[2]. Ces instructions s'adressent à un certain *Manius* qu'on a supposé être le *vilicus* du domaine intéressé, ou un prêtre préposé aux lustrations[3]. Au chapitre 151, Caton rapporte les indications qu'un certain *Manius (Minius* ou *Memius?) Percennius* de Nola[4] lui avait données sur la façon de faire les semis et plantations de cyprès[5]; au chapitre 152, il transcrit la recette qu'il tenait de plusieurs *Manlii* pour nettoyer, avec des balais d'ormeau, les tonneaux souillés de lie[6]. On ne saurait affirmer ou nier *a priori*, vu l'état dans lequel le *De agri cultura* nous est parvenu, l'identité de *Manius*

[1] C. 144, 2, 5 : Oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli.

[2] C. 141, 1. Ed. Keil, p. 87 : Mando tibi, Mani, uti illace suovitaurilia fundum agrum terramque meam... uti cures lustrare.

[3] Keil, II, p. 145.

[4] Le nom est rapporté différemment par les diverses sources. Angl. Politien avait lu d'abord *minius parcenius*; puis il avait corrigé *menius*. L'édition princeps de Venise (1471) donne *Memius*. C'est l'édition de Victorius, suivie par Keil (I, p. 95), qui donne seule *Manius Percennius*. Cf. Keil, II, pp. 163-164. Faut-il lire effectivement *Manius?* ou *Manlius?* ou *Mennius* (en identifiant alors notre personnage avec *C. Mennius L. F.* dont il est question plus haut, c. 135, 3)? La lecture du texte est beaucoup trop douteuse pour qu'on puisse répondre. Et nous craignons fort que M. Vetter ne s'aventure beaucoup en découvrant (*Wiener Studien*, XXIX, 1907, p. 326), sous les formes corrompues qui nous sont parvenues, un nom osque *Minis Perkednis*, dont la transcription latine correcte serait *Minius Percennius*. A notre sens, *Percennius* pourrait aussi bien être la forme latinisée (Cf. *C. I. L.*, I, n° 931, V, n°s 2254 et 3241; VI, n°s 23915 et 23917, etc.) d'un gentilice d'origine étrusque terminé en *enna (= Persenna)*.

[5] C. 151, 1-2 : Semen cupressi quomodo legi seri propagarique oporteat et quo pacto cupresseta seri oporteat. Manius Percennius Nolanus ad hunc modum monstravit...

[6] Le passage est aussi rapporté de façons très diverses. Keil (I, p. 96, adopte la leçon « Q. A. M. Quemadmodum ») Manli monstraverunt », d'après la collation du manuscrit de Florence faite par Angl. Politien. Mais l'édition princeps de Venise portait : « Quod autem Memius et M. Manlius monstraverunt ». Dans deux anciennes copies du manuscrit perdu de Florence (celles que Keil appelle *Codex Parisiensis* et *Codex Mediceus*), les mots « q. a. m. Manlii monstraverunt » sont placés à la fin du chapitre précédent, et manquent au début du c. 152 (Keil, II, p. 165).

Percennius avec l'un des *Manlii* cités quelques lignes plus loin[1]. Par contre, on peut admettre sans grande difficulté l'identité du *L. Manlius* des formulaires avec un de ces mêmes *Manlii*.

L'insertion de ces noms propres dans le *De agri cultura* a depuis longtemps piqué la curiosité des philologues. Mais les recherches faites pour résoudre l'énigme qu'elle pose n'ont pas abouti à une solution définitive. Nitzsch[2], suivi par Weise[3], suppose que le *De agri cultura* fut spécialement rédigé pour servir à l'exploitation du domaine d'un particulier nommé *L. Manlius*. A quoi l'on objecte avec raison[4] que, si l'on étudie la composition du livre dans son ensemble, rien n'y trahit une destination spéciale ; le nom de *Manlius* ne s'y rencontre que quatre ou cinq fois, et ces mentions se localisent exclusivement dans les chapitres 144, 145, 151 et 152. Partout ailleurs l'exposé est conçu dans les termes les plus généraux. Aussi M. Bekker propose-t-il une autre explication. Pour lui, *Manlius* est le nom du possesseur d'un exemplaire du *De agri cultura*. Ce *Manlius* aurait écrit son nom dans les blancs des formulaires, et un copiste aurait plus tard incorporé par erreur cette addition dans le texte[5]. Cette hypothèse ne vaut pas mieux que la précédente. Si elle peut se défendre pour les noms propres insérés dans les formulaires, elle ne saurait s'appliquer à l'intitulé du c. 152, ni rendre compte des mots « Q. A. M. Manlii monstraverunt ».

Il y a pourtant dans l'explication de Bekker une observation à retenir : les passages où figure le nom de *Manlius*, et d'autres passages qui, sans porter ce nom, peuvent avoir la même origine, doivent avoir été insérés après coup dans la rédaction primitive. Cela

[1] Si les mots « q. a. m. Manlii monstraverunt » se trouvaient en effet à la fin du c. 151, il y aurait de grandes probabilités en faveur de l'identité. L'édition princeps admettait aussi cette identité. Voy. la note précédente. On a aussi parfois identifié le Manius du c. 141 avec l'un des *Manlii* (Gessner, dans son édition du *De agri cultura*).

[2] Nitzsch (K. W.), *Ueber Catos Buch vom Landbau. Zeitschr. für die Alterthumswissenschaft*, 1845, pp. 493 et sqq.

[3] Weise, *Quaestionum Catonianarum capita V*. Diss. Göttingen, 1886. Cf. Gummerus, pp. 17 et sqq.

[4] Reitzenstein, dans *Wochenschrift für die klassische Philologie*, 1888, p. 587; Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 1², 1907, p. 250; Leo, *Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 273.

[5] Bekker, *l. c.*, p. 466.

explique certains doublets et contradictions assez embarrassants[1]. Par exemple dans la *lex oleae legundae* (c. 144), on rencontre les passages suivants :

1, 2 : Oleam cogito recte omnem arbitratu domini...

2, 5 : Oleam cogi recte satisdato arbitratu L. Manli.

De même :

3, 8 : Legulos, quot opus erunt, praebeto et strictores...

4, 11-12 : Adsiduos homines L praebeto. Duas partes strictorum praebeto.

De même encore dans la *lex oleae faciundae* (c. 145) :

1, 3 : Homines eos dato, qui placebunt aut custodi aut quis eam oleam emerit.

3, 8 : Socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos.

Nous serions tentés de voir dans ces doublets la trace de retouches et d'additions suggérées à Caton[2] par des amis, qui peut-être lui avaient fourni, non seulement des conseils oraux, mais aussi des notes écrites, par exemple des recueils de recettes ou des formulaires par eux employés. Caton déclare en effet avoir reçu des indications de *Manius Percennius* et des *Manlii* (= Manius... monstravit ; Manlii monstraverunt). Rien d'étonnant à ce qu'il ait de même emprunté aux formulaires juridiques de *L. Manlius* quelques clauses qui lui ont paru recommandables[3]. On n'objectera pas, d'ailleurs, le désordre que cette méthode suppose dans l'œuvre de Caton. Les nouvelles clauses, il est vrai, cadrent mal avec celles qui s'y trouvaient déjà. Mais le même défaut de composition se remarque dans le *De agri cultura* tout entier[4].

[1] Bekker, p. 466.

[2] On pourrait supposer que ces retouches et additions ont été incorporées dans le *De agri cultura* postérieurement au temps de Caton. Cette hypothèse cadrerait avec l'idée, admise par Weise, Reifferscheid, et, en dernier lieu, Leo (*Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 273), d'interpolations nombreuses insérées dans le *De Agri cultura* par les lecteurs de ce livre. Mais l'idée en question n'est pas susceptible, semble-t-il, d'être démontrée (cf. Schanz, I, 1², pp. 251-252), et le plus sûr est d'adopter l'interprétation plausible qui concorde le mieux avec le texte que nous possédons.

[3] Cf. Gummerus, *l. c.*, p. 29, 1.

[4] Schanz, I, 1², p. 251 : Caton avait sans doute projeté d'abord de composer un livre systématiquement ordonné ; mais avec le temps il abandonna son plan, et il incorpora dans son livre toutes sortes de préceptes et de recettes, au fur et à

Cette première conjecture, à notre sens très vraisemblable, se confirmerait peut-être si nous pouvions déterminer avec quelque précision l'identité des *Manlii* qui ont pu fournir des renseignements techniques ou juridiques à Caton.

Parmi les contemporains de Caton, les *Manlii* abondent[1]. Beaucoup nous sont connus, et beaucoup ont dû ne pas laisser de traces. Le champ des recherches s'élargit encore si l'on joint les *Manilii* aux *Manlii*, ce qui s'impose pour qui sait que les textes confondent couramment les deux graphies[2], et que précisément, dans la *lex oleae legundae*, le manuscrit de Florence donne la leçon *Manilii* (au lieu de *Manlii*[3]). Nous serions donc fort embarrassés pour identifier les conseillers de Caton, si nous n'avions une raison de croire qu'un de nos *Manlii* ou *Manilii* s'est fait connaître comme jurisconsulte.

Varron cite à trois reprises, dans son *De re rustica*, certains formulaires en usage dans les ventes d'animaux domestiques, chèvres[4], bœufs[5], chevaux[6]. Ces formulaires se trouvaient dans un

mesure qu'il les recueillait. Remarquons que les indications de Manius Percennius pour la plantation des cyprès font double emploi avec les instructions données plus haut (c. 48) sur le même sujet.

[1] Caton eut maille à partir, au cours de sa censure (570 = 184), avec un personnage du nom de Manilius ou *Manlius;* il l'exclut de la curie parce qu'il avait commis l'inconvenance d'embrasser sa femme en présence de sa fille (Plutarch., *Cato*, 17. Drumann, *Geschichte Roms in seinem Uebergange von der republikanischen zur monarchischen Verfassung*, V, 1841, p. 116, 86-88). Ce personnage, qui allait briguer le consulat, serait, selon Pighius (*Annal.*, II, p. 326), P. Manlius, Vulso, préteur en 559 (= 195) (Liv., 33, 42 et 43) et en 572 = 182) (Liv., 39, 56), — ou, selon Meyer (*Oratorum romanorum fragmenta*, Turici, 1842, p. 59), que paraît suivre Jordan (*M. Catonis praeter librum de re rustica quae exstant*, Lipsiae, 1860, p. 104), le jurisconsulte M' Manilius (cos. 605 = 149). Cette dernière identification semble exclue par des raisons chronologiques : le consul de l'an 605 peut difficilement être le même homme qui, dès 570, aspirait au consulat. Mais il n'y a pas de raison décisive de se prononcer pour P. Manlius Vulso.

[2] Outre les exemples donnés plus bas, voy. celui que donne Jœrs, *Römische Rechtswissenschaft*, I, p. 256, 1.

[3] C. 145, 2, 7. Keil, I, p. 92.

[4] Varro, *De re rustica*, II, 3, 5 : Mamilius scriptum reliquit sic : « Illas capras hodie recte esse et bibere posse habereque licere, haec spondesne? » Keil, I, p. 223.

[5] Varro, *De R. R.*, II, 5, 11 : Cum emimus domitos (sc. boves), stipulamur sic : « Illosce boves sanos esse noxisque praestari »; cum emimus indomitos, sic : « Illosce iuvencos sanos recte deque pecore sano esse noxisque praestari spondesne? » Paulo verbosius haec, qui Mamili actiones secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt... Keil, I, p. 238. Cf. *Commentarius*, II, p. 178.

[6] Varro, *De R. R.*, II, 7, 6 : Emptio equina similis fere ac boum et asinorum,

recueil intitulé *Actiones*, dont l'auteur se nommait *Mamilius* ou *Manilius*[1]. Cicéron signale aussi le même recueil, qui manquait, à son goût, d'agrément littéraire. « Au choix, dit-il, tout le monde aime mieux lire le *Teucer* de Pacuvius que les formulaires de vente de Manilius[2] », et il paraît, notons-le en passant, opposer l'une à l'autre deux œuvres sensiblement contemporaines : d'où l'on peut conclure que les *Actiones* de Manilius remontent à la deuxième moitié du VIe siècle U. C.[3]. On peut croire que Caton a consulté ce recueil, ou quelques-uns des formulaires qui y ont trouvé place, et que c'est de là qu'il a tiré les clauses des *leges oleae legundae* et *faciundae* qui se réfèrent à L. Manlius[4]. Cette conjecture paraît suffisamment confirmée par l'identité des matières dont traitaient les *Actiones* de Manilius et les formulaires utilisés par Caton[5], surtout si l'on remarque que Varron, — écrivant sur le même sujet

quod eisdem rebus in emptione dominum mutant, ut in Mamili actionibus sunt perscripta. Keil, I, p. 245.

[1] L'édition princeps donne la leçon *Manilius* dans les trois passages. La collation d'Angelo Politien donne *Manilibus* dans le premier, *Mamili* dans le second et le troisième. Le *Codex Parisinus* donne *Mamilibus* dans le premier, *Mamili* dans le second, *Mamilli* dans le troisième, etc. Keil pense (*Commentarius in Varronis rerum rusticarum libros tres*, Lipsiae, 1891, p. 155), que le manuscrit de Florence portait *Mamilius*, mais que c'était là un lapsus pour *Manilius*. De même certains manuscrits du *De lingua latina* de Varron, en rapportant la célèbre définition du *nexum* (VII, 105 : Nexum Manilius scribit... etc.), substituent *Mamilius* à *Manilius* (*M. Terenti Varronis de lingua latina quae supersunt*, éd. Goetz et Schoell, Lipsiae, 1910, p. 121).

[2] Cic., *De orat.*, I, 58, 246 : Nec quisquam est... qui, si iam sit ediscendum sibi aliquid, non Teucrum Pacuvii malit, quam Manilianas venalium vendendorum leges ediscere.

[3] Pacuvius, né en 534 (= 220), mourut peu avant 624 (= 130). Schanz, I, 1e, p. 130.

[4] Nous écartons donc, au moins pour partie, la conjecture de Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 638, n. 31, pour qui Caton aurait tiré ses formulaires des *Tripertita* de S. Ælius. Nous croyons qu'en réalité il a inséré sur un premier fonds de dispositions, de source inconnue, un certain nombre de clauses tirées du formulaire de Manilius.

[5] Le recueil de Manilius contenait, dit Cicéron, des *leges venalium vendendorum*, ce qui comprend non seulement des formulaires de ventes, au sens moderne du mot, mais aussi des formulaires de *locationes*. Car l'ancienne *locatio* romaine n'est qu'une vente faite au profit d'un *redemptor*. Voy. Festus, V° *Venditiones* (Ed. Mueller, p. 376; éd. Th., p. 574) : Venditiones olim dicebantur censorum locationes ; quod velut fructus locorum publicorum venibant. Cf. Gaius, *Inst.*, III, 145. Mommsen, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, VI (1885), R. A., pp. 260-275, notamment pp. 264 et sqq. ; Menger, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, *I Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau, 1904, p. 135. *Contra* Bechmann, *Kauf*, I, p. 426.

que Caton, — a souvent puisé aux mêmes sources que son devancier[1]. Quant aux hésitations de la tradition sur la forme exacte du nom de notre auteur (*Manlius*, *Manilius* ou *Mamilius*), elles ne constituent pas un obstacle à l'identification proposée, puisque nous savons avec quelle facilité les copistes prennent l'une des formes pour l'autre[2]. Concluons que l'un des *Manlii* consultés par Caton devait être un jurisconsulte, auteur d'un recueil d'*Actiones*.

Parmi les *Manlii* ou *Manilii* jurisconsultes du VIe et du début du VIIe siècle, deux noms ont surnagé : l'un est celui de T. Manlius Torquatus, cos. 589 (= 165[3]); l'autre celui de M' Manilius, cos. 605 (149), l'un des trois prudents qui, au dire de Pomponius, ont fondé le droit civil[4]. Ni l'un ni l'autre n'a porté le prénom de Lucius[5]. Mais, outre qu'il faut se défier des erreurs si fréquemment commises par les copistes dans la transmission des prénoms, on doit remarquer que Caton avait reçu des conseils de toute une famille de *Manlii*. L'un d'eux, portant le prénom de *Titus* ou de *Manius*, avait pu rédiger des formulaires applicables à un domaine que désignait le nom de son *paterfamilias (fundus L. Manlii)*. Mais comment choisir entre T. Manlius et M' Manilius? Rien de plus aventureux. La plupart des auteurs admettent avec assurance que

[1] Voy., entre autres, Gentilli, *De Varronis in libris rerum rusticarum auctoribus (Studi italiani di filol. classica*, XI), 1903, p. 163.

[2] Nous avons déjà réuni quelques témoignages sur la permutation des graphies *Manilius* et *Manlius (Supra*, p. 250, n. 1 et 2), et sur la permutation des graphies *Manilius* et *Mamilius (Supra*, p. 251, n. 1). Joignons y les témoignages suivants : Le nom du sénateur L. Manilius, auteur de l'histoire de l'oiseau Phénix publiée en 657 (= 97), est orthographié *Manilius* par Varron *L. L.*, VII, 16 et 28) et par d'autres; *Manlius* par le même Varron (V, 32); et *Mamilius* par Pline, *H. N.*, X, 4, et peut-être aussi par Varron, *L. L.*, VII, 105, si l'on admet la très ingénieuse conjecture de M. Kuebler, *Kritische Bemerkungen zum Nexum, Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 257, 1. Voy. Schanz, I, 2^2^, 1909, pp. 507-508. On trouve les mêmes hésitations en ce qui concerne le nom du jurisconsulte *M' Manilius* (cos. 605). Le manuscrit d'Oros., IV, 22, 1, lui donne le nom de *Manlius*. De même, toute la tradition fondée sur Tite-Live (et en dernier lieu l'*Epitome Livii*, récemment publié dans les *Papyri* d'Oxyrhynchos. Cf. Kornemann, *Die neue Livius Epitome. Beiträge zur Alten Geschichte*, II, 1904, p. 22, l. 88) l'appelle *M* (et non *M'*) *Manlius*. Enfin Eutrope, IV, 10, 1, l'appelle même *L. Manlius*, ce qui coïncide exactement avec les données fournies par Caton, mais ce qui s'explique peut-être par une confusion des prénoms des deux consuls de 605 (= 149), L. Marcius Censorinus et M' Manilius.

[3] Val. Max., V, 8, 3. Krueger, *Quellen*^2^, p. 60, n. 27.

[4] Pompon., *l° singulari enchiridii*, *Dig.*, I, 2, fr. 2, 39.

[5] Voy. toutefois le texte d'Eutrope cité *supra*, n. 2.

M' Manilius est l'auteur des *Actiones*, mais sans appuyer leur conviction d'un commencement de preuve[1]. Nous ne voyons, quant à nous, que deux raisons de décider en sa faveur, et deux raisons extrêmement ténues et fragiles. D'une part nous savons que M' Manilius avait un petit domaine sur le territoire de Labicum[2], c'est-à-dire dans une région contiguë au pays d'origine de Caton (Tusculum). Cicéron semble d'ailleurs le regarder comme possédant une certaine expérience des choses agricoles. Dans le dialogue *De Republica*, c'est lui qu'il fait prendre à témoin par Scipion quand celui-ci émet une affirmation relative à la pratique rurale[3]. D'autre part, le prénom de Manius est celui d'un des auteurs des recettes recueillies par Caton : si le *Manius* à qui il s'adresse au chapitre 141, ou le *Manius Percennius* de Nola qu'il cite au chapitre 151, se confond avec l'un des *Manlii* mentionnés plus loin, nous avons là un Manius Man(i)lius[4] dont l'identification avec le consul de 605 ne fait pas de difficulté. Mais, pour en arriver là, il faut supposer résolues en notre sens une série de questions délicates qui en réalité paraissent aujourd'hui peu susceptibles de solutions fermes. Aussi ne présentons nous ces dernières conjectures que sous les plus expresses réserves.

[1] Keil, II, p. 155 ; Brimer, I, p. 25 : « Quin Manilianarum venalium vendendorum legum vel Manlii actionum auctor sit, dubitari nequit. » ; Teuffel-Schwabe, *Gesch. der röm. Literatur*, I[5], § 133, 1 ; Sanio, *Varroniana*, I, p. 203 ; Kuebler, *l. c.*, p. 257, 1 ; Costa, *Storia delle fonti*, p. 49, 4 ; Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 135, 31 ; Ferrini, *Storia delle fonti*, p. 28 ; Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts* (*Encyclopädie der Rechtswissenschaft*[6] d'Holtzendorff-Kohler, D, p. 115 ; Jörs, *Röm. Rechtswissenschaft*, I, p. 88, 5 ; Huschke-Seckel-Kuebler, I, p. 5, 3 ; Lenel, *Palingenesia*, I, col. 589, n°s 1-4. Bavera, *I monumenta di Manilio e il ius Papirianum* (*Scritti giuridici*, I, 1909), p. 66, suivi par Kuer, *Geschichte der Quellen*[3], 1909, p. 101, 13, croit même que le traité de droit civil composé par M' Manilius (*Monumenta*) comprenait le recueil des *Actiones*. Avec quelques hésitations, Krueger, *Quellen*[2], p. 61.

[2] Cic., *Parad.*, VI, 3, 50.

[3] Cic., *De Republ.*, V, 3.

[4] En admettant, dans le second cas, que *Percennius* soit non un *nomen gentilicium*, mais un *cognomen*. Mais c'est peu probable. *Percennius* est normalement un gentilice. Cf. les textes épigraphiques cités *supra*, p. 247, 4. Au surplus, le *Manius* du c. 141 de Caton ne doit pas être le même personnage que le *Manius Percennius* du c. 151. Ce dernier habite Nola (en Campanie, à l'Est-Nord-Est de Naples). Le premier, au contraire, à qui l'on prescrit de faire les *suovetaurilia* pour un domaine situé sans doute dans le Latium, doit habiter plus près de ce domaine.

CHAPITRE VI

LA LOI ATINIA

§ 1. Les textes qui rattachent l'imprescriptibilité des *res furtivae* aux Douze Tables. — § 2. Le texte de la loi Atinia rapporté par Aulu-Gelle (d'après Nigidius Figulus). — § 3. La date et l'auteur de la loi Atinia. — § 4. Autres témoignages sur la loi Atinia. — § 5. La loi Atinia ne vise que les choses soustraites *(res subreptae)*. — § 6. Application de cette idée. L'usucapion du *thensaurus*. — § 7. Le sens des mots *aeterna auctoritas esto*. — § 8. La loi Atinia ne touche pas à l'action *auctoritatis*. — § 9. Essai de restitution du texte de la loi. — § 10. La *reversio ad eum cui subreptum est* et la *reversio ad dominum*. — § 11. Les rapports entre la loi Atinia et les Douze Tables. — § 12. Inexistence, dans les Douze Tables, d'un précepte sur l'imprescriptilité des *res furtivae*.

Dans toute l'histoire du droit privé romain, on ne rencontre guère de précepte juridique plus important que celui qui prohibe l'usucapion des choses volées. Il domine non seulement la théorie du *furtum*, mais encore celles de l'usucapion et de la possession, et, par là, celle de la propriété prétorienne. Malheureusement les origines en restent fort obscures, et la tradition qui s'y rapporte est pleine de lacunes, d'équivoques et de contradictions.

L'une des plus grosses difficultés provient de ce que ce précepte se rattache, semble-t-il, à deux sources législatives différentes : les Douze Tables, d'une part, et une loi Atinia, de date incertaine, d'autre part. Il importe de considérer de près les textes. Nous croyons utile de les répartir en deux masses indépendantes, l'une comprenant tous ceux où le précepte est rattaché aux Douze Tables, l'autre, tous ceux où le précepte est rattaché à la loi Atinia. Ce procédé entraîne des répétitions, puisque certains témoignages mentionnent à la fois les deux sources. Il a du moins l'avantage de jeter un peu de clarté dans un débat obscur.

1

A. Loi des Douze Tables.

Les témoignages sont, dans l'ordre chronologique, les suivants :

1° Julien (*l. XLIV Digestorum*) :

Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror : nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat[1].

2° Gaius (*Institutes*, II) ;

45. Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat ; nam furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia.

49. Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non conpetit, quia scilicet mala fide possidet) ; sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat[2].

3° Justinien (*Institutes*) :

II, 6, 2 : Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si

[1] *Dig.*, 41, 3, fr. 33, pr. Lenel, *Paling.*, I, p. 436, n° 614. Cf. Ulpian., *l. XVI ad Edict.*, *Dig.*, 6, 2, fr. 11, 4 (Lenel, *Paling.*, II, p. 514, n° 574) :

Ulpian., *l° XVI ad Ed.*	Iul., *l° XLIV Dig.*
Item Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam.	nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.

Sur la contradiction apparente des deux derniers membres de phrase (*si apud eum conceptus*, etc. et *si furtivam esse matrem ignorabam*), voy. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 262, 10.

[2] Sur les sources de ce texte, voy. Kniep, *Gai Institutionum commentarius secundus*, §§ *1-96*, Iéna, 1912, pp. 15-16.

praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt, nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia.

3. Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit, nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident, sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi ius habeat.

4° Théophile (sur le même passage des *Institutes*[1]) :

Οὐδὲ τὰ furtiva οὐδὲ τὰ vi possessa, οὐδὲ δεκαετίας ἢ εἰκοσαετίας παραδραμούσης, καὶ bona fide μου νενομένου. Ἀλλὰ τὰ μὲν furtiva δέξαι ἐπὶ τῶν κινητῶν, τὰ δὲ vi possessa ἐπὶ τῶν ἀκινήτων· ἐκώλυσε γὰρ τὴν usucapiona τῶν μὲν furtivωn ὁ δωδεκάδελτος καὶ ὁ Atilios[2] νόμος, τῶν δὲ vi possessωn ὁ Iulios[3] καὶ Πλαύτιος.

La filiation de ces témoignages peut se déterminer au moins en partie. Le témoignage de Théophile a sans doute pour source le passage correspondant des Institutes de Justinien : car la leçon Atilios νόμος (au lieu d'Atinios νόμος) ne suppose pas l'emploi d'une source distincte ; un lapsus suffit à l'expliquer[4]. Les deux paragraphes des Institutes de Justinien paraissent être de simples remaniements des deux paragraphes symétriques de Gaius. Ferrini avait supposé[5] que Justinien s'était servi ici de passages maintenant perdus des *Res cottidianae* de Gaius. M. Zocco-Rosa a critiqué justement cette hypothèse[6]. Il suffit de confronter, comme il l'a fait lui-même, les passages en question pour lui donner raison, au moins dans l'ensemble.

[1] *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, éd. Ferrini (Berolini, 1884), p. 131.

[2] Sic tous les manuscrits.

[3] Deux manuscrits (le *Codex Messanensis* et le *Codex Laurentianus*, LXXX, 1) donnent ici la leçon Ἰουνιος.

[4] Cf. Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, p. 591.

[5] Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (*Memorie del reale Istituto lombardo*), Milano, 1890, p. 23 ; *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (*Bull. dell'Istituto di diritto romano*), Roma, 1901, p. 56.

[6] Zocco-Rosa, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I (Catania, 1908), pp. 299-302.

Gaius, II, 45 :

Non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat.

Nam furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia.

Gaius, II, 49 :

Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur quive per vim possidet, usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non conpetit, quia scilicet mala fide possidet); sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.

Inst., II, 6, 2 :

Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, [nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint] usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum [et lex Atinia] inhibet usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia.

Inst., II, 6, 3 :

Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur quive per vim possidet, usucapere possit, nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident, sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit [vel ex alia causa acceperit], usucapiendi ius habeat.

Au point de vue qui nous intéresse[1], il n'y a à signaler, comme différences notables entre l'original et la copie, que l'addition, chez Justinien, des mots *et lex Atinia* et la suppression des mots *XII Tabularum*. Ces deux retouches paraissent avoir pour but de corriger certaines erreurs relevées à la charge de Gaius par les compilateurs[2].

Quant aux sources respectives des témoignages de Gaius et de Julien, nous ne pouvons les identifier. Gaius se serait-il inspiré de Julien[3]? C'est peu vraisemblable. Il est plus probable qu'il a puisé,

[1] A d'autres points de vue, on pourrait relever l'insertion de la proposition *nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint* (Zocco-Rosa, *op. cit.*, I, p. 300) et de la proposition *vel ex alia causa acceperit*.

[2] Sur les rapports des deux textes, voy. encore Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, pp. 591-592.

[3] Gaius a cité deux fois Julien dans ses *Institutes* (Fitting, *Alter und Folge*², p. 58; Zanzucchi, *Vocabolario delle Instituzioni di Gaio*, v° Iulianus, p. 59).

directement ou indirectement, à la même source que lui. Et cette source, pour deux adeptes de l'école sabinienne, ne peut guère être autre que la tradition de cette école. Quoi qu'il en soit, on retiendra dès maintenant que le plus ancien témoignage qui nous soit parvenu parmi ceux qui attribuent aux Douze Tables le précepte prohibant l'usucapion des choses volées, remonte au milieu du IIe siècle de notre ère[1].

2

B. Loi *Atinia*.

Sur la loi Atinia[2], nous possédons au contraire des témoignages anciens, qui remontent jusqu'au VIIe siècle U. C. De ce nombre sont ceux de Q. Mucius Scaevola et de Cicéron. Ils permettent de dater la loi avec une approximation suffisante, et d'en fixer, au moins partiellement, la teneur.

Le témoignage de Q. Mucius Scaevola est transmis, de seconde main, par Aulu Gelle dans ses Nuits Attiques (XVII, 7)[3]. Nous transcrivons tout le chapitre.

Legis veteris Atiniae verba sunt : Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui? Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta ; quoniam « subruptum erit » utrumque tempus videretur ostendere tam praeteritum quam futurum.

Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubi

[1] Le livre 44 des *Digesta* de Julien a été écrit après l'année 148. Lenel, *Alter und Folge*², p. 25 ; Girard, dans la *Göttingische Gelehrte Anzeige*, 1910, p. 253.

[2] Sur la loi Atinia, voy. surtout la consciencieuse étude de M. Gandolfo, *La reversio ad dominum delle cose furtive. Studi sulla lex Atinia*, *Archivio giuridico*, XXXV (1885), pp. 161-238. Cf. aussi Unterholzner-Schirmer, *Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre*², Leipzig, 1858, I, pp. 188-234 ; Ass. Pessarius, *Ad legem Atiniam, sive de rei furtivae prohibita usucapione* (dans Otto, *Thesaurus*, IV, pp. 327-345) ; Du Ruelle, *Ad legem Atiniam, Iullam et Plautiam* (dans Meermann, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, Haag-Comitum, VI, pp. 478 et sqq.) ; Dirksen, *Comm. iurid. legis Atiniae de rerum furtivarum usucapione historiam et interpretationem continens*, Heidelberg, 1818.

[3] Gellii *Noctium atticarum libri XX* post Martinum Hertz edidit Carolus Hosius, II, 1903, p. 202. Bruns, I, p. 23, 5 ; p. 26, 5, p. 33, 4 ; p. 92, 5 a ; Huschke-Seckel-Kübler, I⁷, p. 6, 9, p. 17, 3.

tatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum. Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam. Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et <« est »> esse et « erit » : quando per sese ponuntur, habent atque retinent tempus suum ; cum vero praeterito iunguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt. Cum enim dico : « in campo est » et « in comitio est », tempus instans significo ; item cum dico « in campo erit », tempus futurum demonstro ; at cum dico : « factum est », « scriptum est », « subruptum est », quamquam « est » verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desinit. « Sic igitur » inquit, « etiam istud, quod in lege est : si dividas separesque duo verba haec « subruptum » et « erit », ut sic audias « subruptum <erit> » tanquam « certamen erit » aut « sacrificium erit », tum videbitur lex in postfuturum loqui; si vero copulate permixteque dictum intellegas, ut « subruptum erit » non duo, sed unum verbum sit idque unitum [1] patiendi declinatione sit tum hoc verbo non minus praeteritum tempus ostenditur quam futurum. »

Ce texte nous révèle une difficulté qu'avait soulevée l'interprétation grammaticale de la loi Atinia. Celle-ci prohibait l'usucapion des choses soustraites. Mais les termes qu'elle employait (= *quod subruptum erit)* ne présentaient pas une clarté suffisante. S'appliquaient-ils seulement aux soustractions commises depuis que la loi était en vigueur, ou s'appliquaient-ils aussi aux soustractions antérieures, et la loi rétroagissait-elle? Les prudents et les grammairiens n'osaient pas se prononcer. Les mots *quod subruptum erit* pouvaient s'entendre, pensaient-t-ils, aussi bien du passé que du futur ; on pouvait les traduire aussi bien par *ce qui aura été soustrait* que par *ce qui sera soustrait* [2].

On reconnaît facilement les sources de ce passage. Aulu-Gelle l'a tiré du vingt-troisième livre des *Commentarii grammatici* de P. Nigidius Figulus, théologien et grammairien contemporain de

[1] Funaioli : itaque finita.

[2] Cf. Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], 1908, p. 216.

Cicéron, qui fut préteur en 696 (= 58) et mourut en 709 (= 45)[1]. Il y a pris tous les éléments de son chapitre, les uns textuellement transcrits, et les autres aisément reconnaissables à travers son adaptation : tel est l'avis unanime des philologues qui ont étudié les sources auxquelles il a puisé, ainsi que ses procédés habituels de citation et de démarquage[2]. Aulu-Gelle n'a donc cité ici Q. Mucius Scaevola que de seconde main, d'après Nigidius Figulus. C'était Q. Mucius qui rapportait dans un de ses ouvrages (*libri iuris civilis?*) les perplexités de P. Mucius Scaevola, son père (préteur 618 = 136 ; cos. 621 = 133), de M. Junius Brutus (fin du VIe siècle U. C.) et de M' Manilius (cos. 605 = 149). Les connaissait-il par tradition orale, ou en avait-il trouvé la mention dans quelque écrit de son père? Nous ne le savons pas sûrement. Mais le texte paraît favorable à l'idée d'une tradition orale.

3

On tire habituellement[3] argument de ce témoignage pour établir que la loi Atinia était récente au temps de Manilius et de Brutus, et que, par conséquent, elle doit dater de la fin du VIe siècle U. C. : car les discussions sur la rétroactivité d'une loi ne se comprennent que dans la période qui suit immédiatement la mise en vigueur de la loi. La conclusion est valable; encore a-t-elle besoin d'être précisée et développée. Car on néglige de remarquer que J. Brutus, M' Manilius et P. Mucius Scaevola ne s'étaient pas prononcés sur la solution à donner au débat (= *patrem suum et Brutum et Manilium... quaesisse ait dubitasseque*), et que Nigidius Figulus,

[1] Schanz, *Gesch. der röm. Literatur*, I, 2^a, pp. 419-422 ; Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, pp. 158-161.

[2] Merkelin, *Die Citiermethode und Quellenbenutzung des A. Gellius in den Noctes Atticae (Jahrb.* de Fleckeisen, supp., III, 1860, p. 648 ; Kretzschmer, *De A. Gellii fontibus*, I *De auctoribus A. Gellii grammaticis* (Diss. Greifswald), Posnaniae, 1860, pp. 8 ; 40 ; 55 ; Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius* (*Hinterlassene Schriften*, Lipsiae, 1871), I, p. 47 ; Reske, *De A. Gellii Noctium Atticarum fontibus quaestiones selectae* (Diss. Vratislav.), Glaciae, 1883, p. 66 ; Roemer, *De P. Nigidio Figulo capita duo* (Diss. Leipzig), Coburgi, 1887 ; Swoboda, *P. Nigidii Figuli operum reliquiae*, Vindobonae, 1889, p. 73 et tr. 34 ; Hosius, *Praef.* de son édition d'Aulu-Gelle, p. [illegible] ; Funaioli (II), *Grammaticae romanae fragmenta*, I, pp. 163-164.

[3] Voy. entre autres Pernice, *Labeo*, II, 1^a, p. 350, n. 2 et 5 ; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 407 ; Girard, *Manuel*, p. 358, 4.

près d'un siècle après eux, tenait encore les deux interprétations du texte pour également plausibles (= *ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem)* : de sorte qu'on se demande à bon droit si une question non résolue cent ans après l'époque où elle présentait un intérêt pratique n'est pas une question purement académique, et si Brutus, Manilius et Scaevola ne pouvaient la traiter comme telle à propos d'un texte législatif ancien [1]. En réalité, ce raisonnement porterait à faux. Rien de plus naturel, pour Nigidius Figulus, philologue et archéologue, que de s'intéresser rétrospectivement à une curiosité grammaticale, à une époque où la pratique ne s'y intéressait plus. Mais rien de moins naturel pour des prudents tels que Brutus, Manilius et Scaevola, hommes de réalisations immédiates. En fait, la pratique du VIIe siècle avait résolu la difficulté signalée, et elle avait condamné l'interprétation rétroactive de la loi. Nous en avons la preuve dans un passage de la seconde action contre Verrès (composée en 685 = 69) [2]. Ce passage développe un des nombreux griefs qu'avait soulevés Verrès pendant sa préture. Il avait notamment rendu un édit en la forme *qui... fecit fecerit*, s'appliquant donc au passé comme à l'avenir, et entraînant effet rétroactif [3]. Or la loi elle-même, fait remarquer Cicéron, ne peut rétroagir. « Dans la loi Voconia, il n'y a point *fecit fecerit;* dans aucune loi on ne revient sur le passé... Que l'on consulte les lois Atinia et Furia, la loi Voconia déjà citée, et toutes les lois de droit civil, on trouve que ces lois ne disposent que pour l'avenir :

In lege Voconia non est *fecit*, *fecerit*, neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur... De iure .. civili si quis novi quid instituit, is non omnia, quae ante acta sunt, rata esse patitur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de iure civili : hoc reperies in omnibus statui ius, quo post eam legem populus utatur. »

[1] Cf. Riccobono, dans les *Fontes iuris romani anteiustiniani*, éd. Riccobono, Baviera et Ferrini, 1909, I, p. 69.

[2] Cic., *In Verr.*, Actio II, 1, 42. 108-109.

[3] Cic., *In Verr.*, II, 1, 41, 107 : Fecit, fecerit! Quis umquam edixit isto modo? quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum provideri potuit? L'édition Orelli sépare par une virgule les verbes *fecit* et *fecerit*. Mais il nous paraît certain qu'il faudrait supprimer ce signe de ponctuation.

La loi Atinia dont il est question ici est une loi de droit privé. Cela résulte à la foi du contexte (*leges de iure civili*), du rapprochement de cette loi avec les lois Voconia et Furia, et enfin du commentaire de Pseudo-Asconius :

Cedo mihi leges Atinias Furias Istae omnes de iure civili sunt, nihil continent criminum capitalium publicique iudicii[1].

Et, comme nous savons par ailleurs que la loi Atinia *de rebus subruptis* avait précisément soulevé une question de rétroactivité, nous admettons sans difficulté que c'est d'elle qu'entend parler Cicéron. Son témoignage établit que l'interprétation non rétroactive de cette loi prévalait dès la fin du VIIe siècle, au temps même où écrivait Nigidius Figulus. Le *quod subruptum erit* de la loi Atinia, comme le *qui fecerit* de la loi Voconia[2], ne se référait plus, pour les juristes, qu'à l'avenir, et Manilius, Brutus et P. Mucius avaient dû examiner la question, non par curiosité désintéressée, mais par nécessité professionnelle.

Nous aboutissons à un premier résultat : la loi Atinia, comme la loi Furia (entre 550 = 204 et 585 = 169)[3] et la loi Voconia (585 = 169)[4], que Cicéron cite à côté d'elle, remonte à la fin du VIe siècle U. C. Pouvons-nous tenter une localisation plus précise?

On songe d'abord, assez naturellement, à s'aider du nom même de la loi. La *gens Atinia* est une *gens* plébéienne d'où sont sortis au VIe et au VIIe siècles un certain nombre de personnages connus. Parmi eux, nous citerons C. et M. Atinius, deux des chefs de la conjuration des Bacchanales[5]; C. Atinius, tribun militaire en 560 (= 194[6]); C. Atinius Labeo, tribun de la plebe en 557 (= 197), et préteur pérégrin en 559 (= 195)[7]; C. Atinius Labeo, peut-être fils

[1] Pseudo-Asconius, éd. Orelli et Baiter, Ciceronis *opera*, t. V, 2, 1833, p. 190.

[2] La loi Voconia devait être construite sur un *si quis... fecerit* ou sur un *qui fecerit*. Cela résulte du témoignage de Cicéron (*In Verr.*, II, 1, 42, 107). Sanxit (in posterum i. e. Q. Voconius)... ne quis heredem virginem neve mulierem *faceret*. In lege Voconia non est *fecit*, *fecerit*. En retransposant au style direct les mots *sanxit ne quis... faceret*, on aboutit à *si quis... fecerit*.

[3] Girard, *Manuel*[5], p. 921, 2.

[4] Jordan, *M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant*, Lipsiae, 1860, p. LXXXV; Girard, *Manuel*[5], p. 820, 4.

[5] Liv., 39, 17.

[6] Liv., 34, 46.

[7] Liv., 32, 22 et 28; 33, 42 et 43.

du précédent, préteur en Sicile en 564 (= 190)[1]; C. Atinius, préteur en Espagne, en 565 (= 189)[2]; et C. Atinius Labeo, tribun de la plèbe en 623 (= 131)[3]. Entre ces divers *Atinii*, c'est au tribun de 557 que la loi Atinia pourrait le plus vraisemblablement s'attribuer. Beaucoup d'historiens n'ont pas hésité à conclure en ce sens[4]. Nous ne les suivrons pas dans cette voie, d'une part parce que nous ne connaissons pas tous les *Atinii* qui ont pu occuper des magistratures à la fin du VIe siècle[5], d'autre part parce que la loi sur l'application rétroactive de laquelle discutait P. Mucius Scaevola, préteur en 618 et consul en 621, peut difficilement remonter jusqu'à l'année 557 : on ne s'expliquerait pas que ce prudent se fût fait une place dans la science du droit dès les années 557-560 environ, et qu'il ne fût parvenu à la préture que soixante ans plus tard ! La vérité est que nous ignorons complètement quel Atinius a été l'auteur de notre loi.

Reste, sur les origines de la loi Atinia, à mentionner un dernier indice, que fournit un témoignage de Cicéron. Seul, à notre connaissance, Voigt l'a cité[6], sans chercher d'ailleurs à en tirer parti. Malheureusement cet indice est tout à fait conjectural; on n'en peut dégager aucune information sûre. Il s'agit d'un passage de la troisième Philippique, dans lequel Cicéron défend Octave contre les injustes dédains d'Antoine. « Antoine reproche à Octave, dit-il, l'origine de sa mère. Elle est d'Aricia[7]. Voyez quel mépris il affiche pour nous, qui sommes tous originaires de municipes !... Quel municipe n'accablera-t-il pas de ses dédains, celui qui fait si peu de cas d'Aricia ?... Et pourtant, c'est de là *(hinc)* que nous sont venues les lois Voconia et Atinia :

Quod autem municipium non contemnit is, qui Aricinum tanto

[1] Liv., 36, 45 et 37, 2.

[2] Liv., 38, 35; 39, 7 et 21.

[3] Liv., *Epit.*, 59; Plin., 7, 45, 3.

[4] En ce sens Pighius, *Ann. Rom.*, II, p. 255; Rudorff, *Röm. R. G.*, I, p. 72; Unterholzner-Schirmer, *Verjährungslehre*², I, p. 191 (suivis par Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 340, 3; Pagenstecher, *Die römische Lehre vom Eigenthum*, Heidelberg, 1857-1859, II, p. 217; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 240; Cuq, *Inst. jurid.*, I¹, p. 506).

[5] Gandolfo, *l^o c^o*, p. 165; Girard, *Textes*⁶, p. 32.

[6] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 241, 50. Cf. Costa, *Cicerone giureconsulto*, *l^o c^o*, p. 215, n. 4.

[7] Sur Aricia, voy. *infra*, c. VIII, § 3; et Dessau, dans le *Corp. Inscr. Latin.* XIV, pp. 203-204 (et les inscriptions, pp. 204-210).

opere despicit, vetustate antiquissimum, iure fœderatum, propinquitate paene finitimum, splendore municipum honestissimum? Hinc Voconiae, hinc Atiniae leges; hinc multae sellae curules et patrum memoria et nostra; hinc equites Romani lautissimi et plurimi[1]. »

La leçon *Atiniae leges*, donnée par les meilleurs manuscrits, a été admise par presque tous les éditeurs des Philippiques[2]. La leçon *Sca(n)tiniae leges*[3], donnée par quelques manuscrits de second ordre, est généralement rejetée. D'ailleurs, ici comme dans la seconde Verrine, le nom de la loi Voconia voisine avec celui de la loi Atinia : coïncidence qui confirme la leçon communément adoptée, et qui nous amène à conclure qu'il s'agit bien, dans la troisième Philippique comme dans la seconde Verrine, d'une loi de droit privé, et non de la loi Atinia *de tribunis plebis*, à laquelle on aurait pu également penser[4].

Ainsi ce texte nous fournit une information, malheureusement peu claire, sur les origines de la loi Atinia. D'après lui, la loi Voconia et la loi Atinia viennent d'Aricia. Qu'est-ce à dire? Apparemment que les auteurs ou quelques-uns des auteurs de ces lois étaient originaires d'Aricia (soit qu'ils y fussent nés, soit qu'ils y habitassent). Il fallait d'ailleurs que les personnages ainsi visés fussent suffisamment connus, et leurs origines suffisamment notoires, pour que Cicéron put, à cent ans de distance, lancer pareille allusion sans avoir besoin de la développer davantage. On sait que la loi Voconia a été proposée en 585 par le tribun Q. Voconius Saxa, et soutenue par Caton le Censeur[5]. L'un de ces deux hommes serait-il d'Aricia? On l'a conjecturé pour Voconius, sans autre preuve[6]. Cependant le renom assez mince dont semble avoir joui ce magistrat nous fait hésiter à croire que

[1] Cic., *Phil.*, III, 6, 16.

[2] Voy. par exemple l'édition Orelli, Baiter et Halm, II, 2e Turici, 1856, p. 1282 et l'édition King et Clark (Marcus Tullius Cicero, *Philippic Orations I, II, III, V, VII*, edited by John H. King, 2e édition revised by A. C. Clark, Oxford, 1908).

[3] Il s'agirait alors de la loi Scantinia qui réprime la pédérastie (et dont nous avons parlé plus haut (P. 225).

[4] Sur cette loi, voy. Gell., *N. A.*, XIV, 8.

[5] Liv., *Epit.*, 41; Cic., *Pro Balbo*, 8, 21.

[6] Sauppe, dans l'*Index legum* de l'*Onomasticon Tullianum* (Cic., *Opera*, éd. Orelli, Baiter et Halm, VIII, V° *Voconia lex*, p. 495); Dessau, dans *C. I. L.*, XIV, p. 203.

Cicéron ait pu penser à lui. Quant à Caton, il était originaire de Tusculum, où il avait sa maison familiale[1]. Tusculum est assurément très proche d'Aricia; les territoires des deux municipes sont contigus[2]; toutefois il ne se confondent point[3]. A prendre le témoignage de Cicéron au pied de la lettre, on arrive difficilement à voir comment la loi Voconia peut venir d'Aricia. On n'y arrive pas mieux pour la loi Atinia[4]. Rien ne prouve que l'un des *Atinii* que nous connaissons fût originaire de cette bourgade[5].

Mais faut-il prendre au pied de la lettre le témoignage de Cicéron? L'orateur n'use-t-il pas d'un argument d'avocat, tendancieux et

[1] Drumann, *Geschichte Roms in seinem Uebergange von der republikanischen zur monarchischen Verfassung*, V (1841), p. 98, n. 75.

[2] Il y a, à vol d'oiseau, 5 km. 500 entre les agglomérations de Tusculum et d'Aricia. Voy. p. ex. la carte annexée au t. XIV du *Corp. Inscr. Latinarum*.

[3] Cicéron poursuit, dans le passage précité de la troisième *Philippique* (6, 16) : Si Aricinam uxorem non probas, cur probas Tusculanam?

[4] Notons cependant une coïncidence plus curieuse qu'instructive. Aricia semble avoir été le berceau d'une *gens* dans laquelle le prénom Manius était fort usité. De là, l'expression proverbiale à Rome : *Multi Mani Ariciae : Il y a plus d'un homme à Aricia qui se nomme Manius* (comme nous disons : *Il y a plus d'un âne à la foire qui s'appelle Martin*). Voy. Festus (Ed. M., p. 145; éd. Th., p. 124) : Manius Egeri... <lucum> Nemorensem Dianae consecravit, a quo multi et clari viri orti sunt, et per multos annos fuerunt. Unde et proverbium : Multi Mani Ariciae (Suit une autre explication du même proverbe proposée par Sinnius Capito. Cf. Aelius Stilo, dans Festus, éd. M., p. 129; éd. Th., p. 92); voy. aussi Pers., *Sat.*, 6, 54 (Le poète veut faire entendre qu'il ne manquera jamais d'héritier, dût-il aller chercher un Manius quelconque à Bovillae, près de la côte Virbia, c'est-à-dire aux portes d'Aricia : Accedo Bovillas, Clivumque ad Virbi : praesto est mihi Manius heres). Or, nous savons que Manius Manilius est le nom d'un des premiers interprètes de la loi Atinia (et peut-être aussi de la loi Voconia? Cf. Cic., *De Republ.*, III, 10), et que ce jurisconsulte possédait une propriété sur le territoire de Labicum, c'est-à-dire dans le voisinage immédiat d'Aricia et de Tusculum (Cic., *Parad.*, VI, 3, 50; *supra*, p. 253). Manius Manilius était-il donc originaire d'Aricia? Avait-il eu quelque part dans l'élaboration de la loi Atinia? Nous n'avons aucun moyen de résoudre cette double question. Dessau croit (*C. I. L.*, XIV, p. 203) que le silence de Cicéron sur les consuls originaires d'Aricia, lorsqu'il énumère les illustrations issues de ce municipe, implique que jamais citoyen d'Aricia n'était parvenu au consulat. Manius Manilius, qui a été consul en 605, ne pourrait donc, si cette observation était fondée, être né à Aricia.

[5] Les textes littéraires sont muets sur les origines des *Atinii*. Signalons, parmi les textes épigraphiques, une inscription relative à un certain L. Aninius, questeur d'Aricia (*C. I. L.*, XIV, n° 4272 : L. Aninio L. f. Rufo qu(aestori) Ariciae). La forme Aninius et la forme Atinius peuvent facilement être confondues, et l'auteur de l'article *Atinius* (*Thesaurus linguae latinae*, II, col. 1174, l. 51) admet leur permutation. Si cela est vrai, nous avons, dans cette inscription, la preuve que la *gens Atinia* comptait des représentants à Aricia.

d'une exactitude approximative? Ne songe-t-il pas, malgré tout, à Caton? Nous inclinons à le croire, en nous autorisant du rapprochement qui s'impose entre notre développement et plusieurs autres développements analogues épars dans l'œuvre de notre auteur.

C'était, en effet, à ses yeux, une tare, et une tare cuisante pour son amour-propre, que d'être né hors de Rome, dans le municipe obscur d'Arpinum. Ses ennemis le lui reprochaient[1], et, encore qu'il s'en défendît, il souffrait de n'être qu'un *inquilinus civis*[2], un *homo Arpinas, agrestis ac rusticus*[3]. Aussi ne perdait-il aucune occasion de réhabiliter sa naissance par l'exemple d'hommes illustres — Tiberius Coruncanius, Caton, C. Marius, etc. — issus comme lui de bourgades rurales. C'est ainsi que, dans son plaidoyer *Pro Sulla*, il interpellait son adversaire Torquatus. « Je voudrais savoir, lui disait-il, pourquoi tu regardes comme des étrangers les citoyens des municipes :

Scire ex te pervelim, quam ob rem qui ex municipiis veniant, peregrini tibi esse videantur. Nemo enim istuc Marco illi Catoni seni, cum plurimos haberet inimicos, nemo Tiberio Coruncanio, nemo Manio Curio, nemo huic ipsi nostro C. Mario, cum ei multi inviderent, obiecit unquam[4]. »

La même préoccupation se révèle dans le plaidoyer pour Cn. Plancius. Là encore Cicéron se réclame de l'exemple de Tib. Coruncanius, de Caton, de Marius :

« Num, quando vides, Tusculanum aliquem de M. Catone illo in omni virtute principe, num de Ti. Coruncanio municipe suo, num de tot Fulviis gloriari ? Verbum nemo facit. At in quemcumque Arpinatem incideris, etiam si nolis, erit tamen tibi fortasse etiam de nobis aliquid, sed certe de C. Mario audiendum[5]. »

Enfin, dans le *De legibus*, on retrouve le même parallèle entre Caton, de Tusculum, et Cicéron, d'Arpinum.

Atticus : Sed illud tamen quale est, quod paullo ante dixisti : hunc locum (idem ego te accipio dicere Arpinum) germanam patriam esse vestram ? Quid ? duas vos habetis patrias, an est una illa

[1] Drumann, *Geschichte Roms*, V, pp. 399-400.
[2] Sall., *Cat.*, 31.
[3] Cic., *In Clod. et Cur.*, 4.
[4] Cic., *Pro Sulla*, 7, 23. Cf. Vell. Paterc., II, 128.
[5] Cic., *Pro Planc.*, 8, 20.

patria communis ? nisi forte sapienti illi Catoni fuit patria non Roma, sed Tusculum. — MARCUS : Ego me hercule et illi, et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis. Ut ille Cato, quom esset Tusculi natus, in populi Romani civitatem susceptus est[1]...

Ainsi, dans tous ces passages, c'est Caton qui sert de terme de comparaison ; c'est Caton qui donne à Cicéron et à tous les hommes nouveaux venus, comme lui, de leur village, des titres de noblesse. N'est-ce donc pas à lui encore que pense Cicéron, dans sa troisième Philippique, en faisant gloire à Aricia, — la voisine immédiate de Tusculum, — d'avoir été le berceau de la loi Voconia ? Il suffit, pour que le texte s'y prête, de donner au mot *hinc*, dans le passage que nous avons analysé, un sens large : « C'est de ce côté... ; c'est de cette région que viennent les lois Voconia et Atinia. » Il est bien arrivé à Caton lui-même de revendiquer pour Tusculum ce qui appartenait à Aricia, et réciproquement[2]. Cicéron a pu agir de même, dans l'intérêt de la cause qu'il défendait. Si l'on adopte notre interprétation, on est conduit à penser que Caton a contribué, non seulement à faire voter la loi Voconia, mais aussi à faire voter la loi Atinia. Mais nous n'avons pas les moyens de prouver la véracité de cette conjecture, que nous n'adoptons que provisoirement, faute de mieux. Peut-être le hasard d'une découverte épigraphique sur le territoire d'Aricia nous fera-t-il connaître quelque jour le nom du législateur à qui a pensé Cicéron ?

4

A ces premiers textes sur la loi Atinia, particulièrement importants à raison de leur âge, se joignent plusieurs fragments posté-

[1] CIC., *De leg.*, II, 2, 5. Voy. encore *De Republ.*, I, 1 : M. vero Catoni, homini ignoto et novo, quo omnes, qui isdem rebus studemus, quasi exemplari ad industriam virtutemque ducimur, certe licuit Tusculi se in otio delectare, salubri et propinquo loco.

[2] Il l'a fait pour le dictateur Egerius, qui avait dédié le *lucus* de Diane sis sur le territoire d'Aricia. Sans doute par amour-propre de clocher, il l'appelle son compatriote (CAT., *Orig.*, II, fr. 21, éd. JORDAN, p. 12 : Lucum Dianium in nemore Aricino Egerius Laevius Tusculanus dedicavit dictator Latinus). Mais VERRIUS FLACCUS (FESTUS, *supra*, p. 266) atteste qu'il était d'Aricia. DESSAU, dans *C. I. L.*, XIV, p. 204, n. 2. Cf. JORDAN, *Proleg.*, de son édition de CATON, pp. XLII-XLIII.

rieurs, fournis par les auteurs juridiques. Ce sont, dans l'ordre chronologique :

1° Sabinus et Cassius[1] :

In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt[2].

2° Julien *(l. XLIV Digestorum)*. C'est le fragment déjà transcrit plus haut, dont nous ne rappelons que les termes essentiels :

Ex qua causa quis... usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret[3]...

3° Paul *(l. LIV ad edictum)* :

Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est[4].

4° Justinien, *Institutes*, et Théophile, *Paraphrase* : ce sont les passages déjà cités, dont nous reproduisons ce qui touche à la loi Atinia :

Furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem.

Ἐκώλυσε γὰρ τὴν usucapiona τῶν μὲν furtivων ὁ δωδεκάδελτος καὶ ὁ Atilios νόμος[5].

5° Michael Constantinus Psellus, *Synopsis legum*, v. 639-640 :

Δόγμα δὲ τὸ Ἀτίλειον κωλύει τὰ κλαπέντα
διὰ νομῆς δεσπόζεσθαι χρονίας προσκόντως[6].

Psellus, qui vivait vers la fin du XIe siècle[7], s'est servi des compilations de Justinien[8] : l'erreur qu'il commet dans la dénomination

[1] Cités par Pauli, *l. singulari ad legem Fufiam Caniniam*, *Dig.*, 50, 16, fr. 215. Lenel, *Paling.*, I, c. 1124, n° 926; Bremer, II, p. 558, III, p. 69. Les *Basiliques*, 2, 2, 207, ne mentionnent pas la loi Atinia.

[2] Pauli invoque le témoignage de Sabinus et Cassius sur le sens du mot *potestas* dans la loi Atinia pour expliquer le même mot dans la loi Fufia Caninia. Lenel, *Paling.*, I, c. 1194, 4.

[3] *Supra*, p. 256.

[4] *Dig.*, 41, 3, fr. 4, 6. Lenel, *Paling.*, I, c. 1070, n° 673.

[5] *Supra*, p. 257.

[6] Michaelis Pselli, *Synopsis legum* (dans Meermans, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, Hagae Comitum, I, 1751, pp. 43-64), p. 54.

[7] Zachariae von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*[3], Berlin, 1877, p. 20.

[8] Bunsen, *Geschichte der Novellen Justinians*, Berlin, 1824, pp. 142-144.

de notre loi[1] prouve qu'il avait suivi Théophile, ou puisé à la même source que lui.

Aux textes que nous venons de réunir, et qui attribuent explicitement la prohibition d'usucaper les choses volées à un monument législatif déterminé, nous devons en joindre plusieurs autres qui rattachent, en termes vagues, telle ou telle prohibition d'usucaper à une loi, à la loi *(lex)*, ou à des lois *(leges)*. Citons notamment :

1° Pomponius *(l. XXXII ad Sabinum) :*

Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere, et incipiet pro suo possidere. Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio[2].

2° Pomponius *(l. XXIV ad Quintum Mucium) :*

Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest[3].

3° Venuleius *(l. XVII stipulationum) :*

Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve eius perveniat, usucapi lex vetat[4].

5

De l'ensemble des témoignages précédents, il résulte que la loi Atinia comprenait deux dispositions : 1° l'une, que nous connaissons textuellement, était ainsi conçue : *Quod subruptum erit, eius*

[1] Notons aussi, comme autre lapsus, la désignation de notre loi comme étant un sénatus-consulte (δόγμα).

[2] *Dig.*, 41, 3, fr. 32, pr. et 1. Lenel, *Paling.*, II, p. 141, n°s 761-762. *Basil.*, 50, 3, 31, pr. et 1.

[3] *Dig.*, 41, 3, fr. 24, pr. (Cf. *Basil.*, 50, 3, 23 : Ἡ ἄγνοια διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσποτείαν ποιεῖ, εἰ μὴ νόμος αὐτὴν κωλύει). Lenel, *Paling.*, II, c. 73, n° 289. Pernice, *Labeo*, II, 1², remarque, à juste titre, que ce texte doit avoir été écrit à propos de la loi Atinia. En ce sens, Bremer, I, p. 91. *Contra* Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, p. 590.

[4] *Dig.*, 47, 8, fr. 6. Lenel, *Paling.*, II, c. 1223, n° 75. Ce texte se rapporte très vraisemblablement aux lois Julia et Plautia. Nous le mentionnons ici comme pièce de comparaison : car on admet communément que le mot *lex*, sans complément ni épithète, désigne la loi des Douze Tables. Venuleius pourrait donc avoir commis, au sujet de la prohibition d'usucaper les *res vi possessae*, la même confusion que Gaius, II, 49.

rei aeterna auctoritas esto; 2° l'autre, que nous ne connaissons que par les commentaires des jurisconsultes, prévoit la *reversio* au volé comme le seul moyen de purger le vice qui entache la chose volée.

Analysons ces deux dispositions.

A. *Quod subruptum erit. Subrumpere* est l'équivalent de *subripere* avec lequel il permute fréquemment (de même que *rumpere* permute avec *rapere*[1]). Les deux mots signifient *soustraire, enlever subrepticement*[2]. *Subrumpere* est la forme la plus ancienne, *subripere* la forme la plus récente[3]. L'indication d'Aulu-

[1] Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* (*Mélanges Appleton*), p. 9, n. 2 et 3. Sur la permutation d'*eruptus* et *ereptus*, voy. Wackernagel, *Eruptum* (*Arch. für Lexikographie*, XV, p. 221).

[2] Pour le sens de *subrumpere-subripere* au VIe siècle, voy. Caton, *De agri cultura*, c. 67, 2; 144, 2 et 145, 2 (iuranto... sese oleam non subripuisse. *Supra*, p. 240), et les textes de Plaute cités dans la note suivante.

[3] Chez Plaute, en mettant à part certaines formes contractées un peu équivoques (*surpere : Captivi*, v. 1011 (V, 4, 14); *Persa*, v. 150 (I, 3, 70); *Rud.*, v. 1105 (IV, 4, 61) —, c'est la forme *subrumpere surrumpere* qui domine. Citons : *Amph.*, v. 523 (I, 3, 25); *Asin.*, v. 929-930 (V, 2, 79-80); *Aulul.*, v. 634 (IV, 4, 7); *Menaechm.*, v. 58; v. 130 (I, 2, 21); v. 200 (I, 3, 17); v. 393-394 (I, 3, 42-43); v. 481 (III, 2, 15); v. 491 (III, 2, 26); v. 507 (III, 2, 40); v. 510 (III, 2, 45); v. 532 (III, 3, 9); v. 564 (IV, 1, 6); v. 645-646-647-649 (IV, 2, 82-83 84-86); v. 664 (IV, 2, 101); v. 729 (V, 1, 29); v. 814 (V, 2, 63); v. 941 (V, 5, 38); v. 1138 (V, 9, 78); *Persa*, v. 480 (III, 1, 52); *Pœnul.*, v. 109; v. 903 (IV, 2, 81); v. 954 (V, 1, 21), celui-ci interpolé; v. 1058 (V, 2, 98); v. 1101 (V, 2, 141); v. 1105 (V, 2, 145); v. 1247 (V, 4, 77); v. 1346 (V, 6, 9). *Pseudol.*, v. 288 et 290 (I, 3, 54 et 56); v. 675 (II, 3, 9) (les meilleurs manuscrits portent *surruperis, surruperet*, les autres *surripuisses, surriperet*); *Trinummus*, v. 84 (I, 2, 46); v. 1023 (IV, 3, 16). *Adde* l'adjectif *surrupticius*, dans *Menaechm.*, Prol., v. 60 et 68, et *Curcul.*, v. 205 (I, 3, 49). La forme *subripere surripere* se rencontre dans des endroits dont l'interpolation est avérée (*Curcul.*, v. 293 (II, 3, 14); *Menaechm.*, v. 639 *a* (IV, 2, 76 *bis*); *Miles*, v. 602 (III, 1, 8)), ou qui sont *a priori* suspects de rajeunissement (p. ex. dans les *Prologues* de l'*Aulularia* (v. 44), du *Curculio* (v. 60 et du *Pœnulus* (v. 66, 72, 87). Sur les remaniements des prologues et les questions que ces remaniements soulèvent, voy. Schasz, I, 1e, p. 96, et les auteurs qu'il cite. Aussi peut-on se demander si la forme *subripere*, partout où elle apparaît chez Plaute, n'indique pas un rajeunissement du texte original. Voy. p. ex. *Asin.*, v. 885 (V, 2, 35); *Aulul.*, v. 464 (III, 4, 5); v. 760-761 772 (IV, 10, 30 31-42); v. 822 (V, 1, 14); *Capt.*, v. 292 (II, 2, 42); v. 85-86 88 (IV, 2, 96 101); v. 972 (V, 2, 19). *Casina*, v. 891 (V, 2, 16). *Curcul.*, v. 652 (V, 2, 54); *Miles*, v. 333 (II, 3, 62); *Pseud.*, v. 876 (III, 2, 86); *Rudens*, v. 384 (II, 3, 53). Voy. aussi l'adjectif *surrepticius*, *Curcul.*, v. 205 (I, 3, 49). Nous n'avons trouvé les mots *subrumpere* ou *subripere* ni chez Térence, ni chez aucun autre auteur dramatique du VIe siècle. On rencontre encore *surrupui* chez Cattule, 99, 1; *surrupuisset* et *surruptus* chez Cicéron (*Ad fam.*, 13, 77, 2; *Ad Att.*, 10, 4, 9); *subrupiendi* chez Sénèque le Rhét., 27, 15. Cf. Friedrich, *Catulli Veronensis liber*, Leipzig et Berlin 1908, pp. 527-528.

Gelle est confirmée par Paul (Quod... dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur...) Au surplus, les commentaires de la loi répètent si souvent le verbe *subripere* comme un terme technique[1], que cette insistance suffirait à nous avertir qu'il figure dans le texte légal, quand encore nous n'aurions pas le témoignage formel d'Aulu-Gelle en ce sens.

La loi Atinia vise donc exclusivement les *res subruptae* ou *subreptae*, c'est-à-dire les choses soustraites. Elle ne mentionne point les *res furtivae*[2]. D'où il résulte — et l'on peut s'étonner qu'on n'ait jamais, à notre connaissance, présenté cette observation — que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux choses qui ont fait l'objet d'une soustraction[3].

Cette constatation a une importance capitale. L'histoire du vol s'en trouve bouleversée.

Désormais, nous allons être amenés à distinguer, parmi les faits que les classiques traitent également comme vols, deux sortes de délits distincts :

1° Les faits de soustraction *(subreptio)*, comportant un déplacement de détention. La notion de la *subreptio* devra se préciser peu à peu, à la lumière des textes.

2° Les *furta* sans soustraction : détournements; abus de confiance; usurpations d'immeubles, etc. : encore une notion à délimiter par la suite.

Les criminalistes modernes donnent à la soustraction le nom de *furtum proprium*, et au vol sans soustraction le nom de *furtum improprium*[4]. Cette terminologie fausse le développement historique : le vol sans soustraction est, par excellence, celui que nos textes nomment *furtum*, tandis que la soustraction s'apparente

[1] Les témoignages sont trop nombreux pour les citer tous. Voy. *Dig.*, 41. 3. fr. 4, §§ 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 16, 21; fr. 33, § 6; fr. 49, etc.; 41, 4, fr. 7, 3, etc.

[2] Nous avons vu plus haut (pp. 208 et sqq. que Plaute rapprochait déjà les notions de *furtum* et de *subreptio*. Mais gardons-nous de confondre l'usage technique de la langue juridique avec l'usage courant de la langue familière.

[3] Unterholzner-Schirmer, *Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre*², 1858, I. p. 190, affirment que « es lässt sich ein Unterschied zwischen dem *surreptum* und *furtivum* durchaus nicht nachweisen ».

[4] Voy. surtout Pampaloni, *Il furto improprio e la teoria del possesso. Studi sopra il delitto di furto*, I, 1894, pp. 3-97.

plutôt, par ses origines, avec le *damnum iniuriae*[1]. Néanmoins nous l'emploierons. Il faut disposer d'expressions toutes faites pour éviter les redites et les circonlocutions. Et mieux vaut prendre celles qui existent : en en créant de nouvelles, ou en amendant les anciennes, on court le risque de n'être pas compris. Il suffit de mettre le lecteur en garde. Disons donc : la loi Atinia s'applique au *furtum proprium*, non au *furtum improprium*. La théorie du *furtum* n'est incompréhensible que si l'on méconnaît ce point de départ.

Nous constaterons désormais, en effet, que les témoignages relatifs au vol se répartissent en deux masses : les uns visent les *res subreptae*, et les autres les *res furtivae*. A. Certains textes s'occupent uniquement des *res subreptae*. C'est sur la définition de la *subreptio* que porte le grand effort des jurisconsultes. A quelles conditions une chose est-elle *subrepta* ? A quel moment les conditions de la *subreptio* doivent-elles être réunies? De là tout un ensemble de discussions dont nous trouverons l'écho plus loin[2]. B. Certains autres textes visent toutes les *res furtivae* ; et, quoique les auteurs classiques comprennent les *res subreptae* parmi les *res furtivae*, on dirait que ces textes désignent plutôt comme *res furtivae* celles qui ont été volées sans déplacement de détention.

6

De cette distinction fondamentale entre les *res subreptae* et les *res furtivae* qui ne sont pas *subreptae*, nous trouvons une première application dès le temps de J. Brutus et de M' Manilius. Le jurisconsulte Paul la relate dans un texte bien connu[3].

Paul, *l. LIV ad Edictum :*

Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in

[1] *Subrumpere* est un composé de *rumpere*. Or on n'ignore pas que *rumpere* est un terme technique du *damnum iniuriae*. Cf. Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, p. 11.

[2] *Infra*, c. XIII, § 1.

[3] Sur ce texte, mais à un point de vue différent, voy. Huvelin, *La date des actions hypothécaires romaines*, Nouv. Rev. Hist. de Droit, XXII (1898), p. 590 ; *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899, p. 56 ; Mastor, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, 1, p. 61.

fundo esse, non est verum : is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse[1].

Il est évident que ce texte est interpolé au moins sur un point : les compilateurs de Justinien y ont substitué la mention de la *longi temporis praescriptio* à la mention de l'usucapion. Brutus et Manilius professaient *eum qui fundum usu cepit etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse*. Mais, cette correction faite, le sens et l'étendue du *responsum* attribué à Brutus et à Manilius restent contestables.

Il s'agit du trésor *(thensaurus)*, au sens ancien du mot. Le *thensaurus* est une chose précieuse (le plus souvent une somme d'argent) enfouie ou cachée par son propriétaire, dans des conditions telles que certaines personnes au moins en connaissent l'existence. Ce n'est pas une *res nullius*, c'est une *res aliena*[2]. Les auteurs comiques du VIe siècle nous attestent que leurs contemporains n'avaient guère d'autre moyen de mettre en sûreté les choses auxquelles ils tenaient le plus, que de les enterrer, de les placer dans le trou d'une muraille ou sous la pierre du foyer, en prenant soin de ne révéler la cachette qu'à un parent ou à un ami sûr[3]. Pernice a ingénieusement supposé[4] que les anciens Romains usaient de cet expédient parce que le contrat de dépôt n'avait pas encore de sanction suffisante. Plus tard, la notion du *thensaurus* a changé ; on a désigné de ce nom toute valeur enfouie ou cachée, sans maître qu'on pût connaître[5] : le *thensaurus* a cessé dès lors d'être une *res aliena* pour devenir une *res nullius*.

La question posée est donc la suivante : une personne a enfoui un *thensaurus* dans un champ. Une autre personne usucape le champ. Usucape-t-elle aussi le *thensaurus ?* Brutus et Manilius

[1] *Dig.*, 41, 2, fr. 3, 3. Lenel, *Paling.*, I, c. 78, n° 7 ; c. 589, n° 5 ; c. 1065, n° 658 ; Bremer, I, pp. 23 et 26.

[2] Pernice, *Labeo*, I, p. 434, n° 38 ; II, 1², p. 340 ; Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro* (Extr. des *Studi giuridici e storici pubblicati per l'VIII Centenario dell'Università di Bologna)*, 1888, p. 20 ; Girard, *Manuel*⁵, p. 317, n. 4 ; Bonfante, *La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro. Mélanges P. F. Girard* (Paris, 1912), I, p. 131 ; Heumann-Seckel, *Handlexikon*⁹, p. 585.

[3] Voy. Ph. E. Legrand, *Daos*, p. 261.

[4] Pernice, *Labeo*, I, p. 434.

[5] *Dig.*, 41, 1, fr. 31, 1. Sur ce texte, voy. *infra*, p. 276, n. 3.

répondent affirmativement. Elle usucape, ajoute le texte, même si elle ignore l'existence du *thensaurus* dans le fonds (= *quamvis nesciat in fundo esse*). A plus forte raison, d'ailleurs, si elle la connaissait : Pernice a remarqué justement[1] que cette interprétation s'impose ; sinon la remarque de Paul (= *sed et si sciat, non capiet usu, quia scit alienum esse*) serait complètement inutile. Mais Pernice n'a pas tiré de sa remarque la conséquence logique et nécessaire : les mots *quamvis nesciat in fundo esse* n'appartiennent point au *responsum* de Brutus et Manilius. Le trait caractéristique des décisions des jurisconsultes anciens, c'est précisément de n'employer que le minimum de mots strictement nécessaire pour exposer la règle à suivre[2]. Les mots *quamvis nesciat in fundo esse* sont inutiles, puisque la solution pratique est la même lorsque l'usucapant ignore l'existence du *thensaurus* ou lorsqu'il la connaît : nous en concluons que ces mots ont été insérés par Paul, à titre de glose explicative, dans le texte original ; Paul a voulu faire ressortir ce qu'il y a d'inattendu pour ses contemporains dans cette ancienne décision.

Réduite ainsi à ses termes primitifs, la décision se comprend d'ailleurs aisément. Elle se rattache, croyons-nous, à l'interprétation littérale de la loi Atinia[3]. Celle-ci prohibait l'usucapion des *res subreptae*, et des *res subreptae* seules. Un fonds, n'étant jamais une *res subrepta*, ne tombait jamais sous le coup de la loi Atinia. Mais cette règle devait-elle s'étendre aux accessoires mobiliers ou mobilisables du fonds, par exemple au *thensaurus*? Brutus et Manilius estimaient que l'accessoire suit le sort du principal ; l'accessoire d'un immeuble, tant qu'il n'est pas séparé de l'immeuble, et soustrait isolément, n'est pas une *res subrepta* ; il peut donc toujours être usucapé. Brutus et Manilius ne posent pas la question de bonne foi. Remarquons, en effet, que la loi Atinia dit : *quod subruptum erit*, sans spécifier si la soustraction a lieu de bonne ou de mauvaise foi. Il leur suffit d'admettre qu'il n'y a pas de soustraction.

Nous tirerons de notre texte, ainsi entendu, plusieurs conclusions :

[1] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 340.

[2] Pernice, *Labeo*, I, p. 61 (il rappelle qu'Otto donne à juste titre aux responsa le nom d'*oracula*).

[3] En ce sens, Sanio, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Königsberg, 1858, p. 36, n. 56.

1° Une conclusion négative : Brutus et Manilius ne connaissent rien[1] de la théorie de la bonne foi nécessaire pour usucaper[2].

2° Une conclusion positive : dans le *furtum* sans *subreptio*, l'usucapion reste possible malgré la loi Atinia. Le *furtum improprium* demeure un titre d'acquisition après comme avant cette loi[3].

[1] Cf. l'hypothèse contraire, formulée d'ailleurs dans les termes les plus hésitants, par Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 339.

[2] On voit par là sur quels points nous nous séparons de Mr Appleton, qui a soutenu (*Propriété prétorienne*, I, pp. 287 et sqq.) que l'exigence de la *iusta causa* et de la *bona fides* dans l'usucapion dérive nécessairement de la prohibition d'usucaper les *res furtivae*. Notre théorie aboutit d'ailleurs beaucoup moins à repousser dans son principe celle de Mr Appleton qu'à la transposer en l'adaptant à toute la complexité des faits.

[3] Mr Appleton veut bien, dans une communication manuscrite, adresser quelques objections à notre interprétation. Il n'est pas possible, selon lui, que Paul ait envisagé le *thensaurus* comme une *res aliena*. Car c'est précisément Paul qui a défini le *thensaurus-res nullius*, et insisté sur l'idée que la chose enfouie pour raison d'avarice ou de prudence n'est pas un trésor (Paul, *l. XXXI ad Edictum. Dig.*, 41, 1, fr. 31, 1). Il y a conflit évident entre ce texte et celui que nous interprétons, et, dans ce conflit, c'est au fr. 31, 1 (*Dig.*, 41, 1) que le savant auteur donne la préférence. Pourquoi? C'est que le fr. 31, 1 (41, 1 lui paraît au-dessus de tout soupçon, tandis que le fr. 3, 3 (41, 2) serait interpolé dans sa partie finale. Reprenons ces deux points.

1° Le fr. 31, 1 (*Dig.*, 41, 1) est-il pur? Ce fragment est ainsi conçu :

Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat : sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thensaurus : cuius etiam furtum fit.

Les éditeurs (notamment Mommsen) mettent une virgule entre *memoria* et *ut iam*, ce qui impose pour la première phrase le sens suivant : « Le trésor est un ancien dépôt d'argent dont le souvenir s'est perdu, — en sorte qu'il n'ait plus de propriétaire. » Nous sommes obligés de traduire ainsi. Mais la maladresse de la traduction fait ressortir la singularité de la proposition *ut iam dominum non habeat*. Au point de vue grammatical, *ut* marquant la conséquence (sans *ita*, *adeo*, etc.) après un verbe comme *exstare* marquant un état (et non une manifestation de la volonté ou de l'activité) soulève bien des doutes. Au point de vue logique, les doutes ne sont pas moindres. Le texte ne dit pas : « en sorte qu'on ignore qui est propriétaire » : il dit « en sorte qu'il n'y ait plus de propriétaire ». Est-ce donc parce qu'on a oublié, soit le fait du dépôt, soit l'existence des valeurs déposées, que ces valeurs deviennent *res nullius?* L'oubli est-il une cause d'extinction de la propriété?

Evidemment on aurait un sens plus satisfaisant en rattachant *ut* à *memoria* (Exemples de constructions analogues : Cic., *In Verr.*, Act. Ia, 18, 54 : ... memoriamque, quid a quoque dictum sit, omnium puto esse oportere. Paul., *l. XLIX ad Edictum. Dig.*, 39, 3, fr. 2, 1 : Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa nec memoriam extare, quando facta est.). Nous traduirions alors : « ...un dépôt ... dont on n'a plus souvenir qu'il ait encore un propriétaire ». Mais

Qu'on ne se méprenne pas, d'ailleurs, sur le sens des mots que nous employons. Nous disons souvent que le *furtum improprium* est une cause d'acquisition, ou qu'il fait acquérir la pro-

pour se prêter à cette interprétation, le passage contient une négation de trop (= *ut iam dominum non habeat*). Et l'on se demande presque nécessairement si le texte n'est pas interpolé, au moins dans les mots *ut iam dominum non habeat*, et si le sens de l'original n'a pas été bouleversé dans une mesure qu'il est difficile de préciser.

Cette impression se confirme si l'on examine ce qui suit. Conformément à la règle de méthode que nous avons adoptée, nous ne pouvons admettre d'interpolation que là où un critère de forme dénonce le byzantinisme. Mais nous possédons ici ce critère. Il résulte de l'emploi de l'expression *sic enim* qui introduit un développement suspect et dans laquelle *sic* signifie *d'après cela, dans ces conditions*. *Sic enim* ne se rencontre jamais dans les œuvres juridiques qui nous sont parvenues directement (par exemple dans les *Institutes* de Gaius. Cf. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, p. 109). Inversement, *sic enim* se rencontre fréquemment dans les constitutions latines de Justinien (Voy. *Codex Iust.*, 2, 58, const. 2, 8; 1, 27, const. 1, 16; 8, 10, const. 14, 2; *Inst.*, III, 7, 3. Expressions voisines : 1° *Neque enim sic*. *Cod. Iust.*, 5, 51, const. 13, 1; 6, 24, const. 14, 2. 2° *Sic etenim*. *Cod.*, 5, 30, const. 5, 1; 6, 61, const. 6, 1). D'une façon générale, Justinien prend ordinairement *sic* dans l'acception de *d'après cela*, étrangère aux classiques (Voy. les textes auxquels renvoie Mr Longo, *Vocabolario delle costituzioni latini di Giustiniano*. *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, X (1897-98), v° *sic*, p. 502). Rien d'étonnant dès lors si l'expression *sic enim* se trouve en tête des interpolations les plus caractérisées (voy. p. ex. *Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2, où tout le monde s'accorde à relever l'interpolation du passage *sic enim alii... non potest*. *Infra*, c. X, § 11). Il ne nous appartient pas de discuter ici ces interpolations. Mais notons dès maintenant que les fragments cités par Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], à l'appui de *sic* = *demnach* trahissent tous, à notre avis, l'intervention des compilateurs.

Au fond, les maladresses abondent dans notre fragment 31, 1 (*Dig.*, 41, 1). Tandis que le début, dans sa partie probablement pure, définit le *thensaurus* = *vetus depositio pecuniae*, la fin adopte une façon de parler générale et vague : *si quis aliquid condiderit*. Le début définit le *thensaurus* comme un dépôt (*depositio*), sans spécifier si ce dépôt est fait *in terra* ou ailleurs; la fin n'envisage que le cas d'un enfouissement. Le début, de quelque façon qu'on l'entende, fonde la notion du *thensaurus* sur l'immémorialité du dépôt; la fin semble, assez gauchement, la fonder sur l'intention du thésauriseur. Sans compter enfin qu'on peut se demander pourquoi une définition développée du *thensaurus* figurait dans le livre XXXI *ad Edictum* de Paul, et dans un endroit où cet auteur traitait de la fiducie (Lenel, *Paling.*, I, c. 1027, n° 489). A supposer, avec Mr Lenel (*Zeitschr. der Savigny Stiftung*, III (1882), R. A., p. 115) que Paul examinât ici la question de l'attribution du *thensaurus* au fiduciaire, cet examen comportait-il des digressions aussi longues?

Nous croyons donc que le fragment 31, 1 (*Dig.*, 41, 1) est interpolé. Et si on n'était peut-être attacher trop d'importance à un mot, nous croirions volontiers que dans le texte original le *thensaurus*, étant défini comme un *dépôt* (= *depositio*), était conçu comme une *res alienа*. Une *res nullius* n'est pas susceptible de dépôt.

On remarquera d'ailleurs que bon nombre de textes insérés au *Digeste*, et parmi

priété. Naturellement, nous entendons parler aussi bien de la propriété prétorienne que de la propriété quiritaire. L'idée essentielle est que le *furtum improprium* est resté une juste cause d'usucapion. L'usucapion ne fait acquérir la propriété quiritaire qu'au

eux, les plus anciens ne connaissent que la notion du *thensaurus-res aliena*. Citons *Dig.*, 10, 4, fr. 15 (Labéon) (*infra*, c. XIV, § 8 : 10, 2, fr. 22 pr. (Labéon); 34, 2, fr. 49, 1 (Labéon : 48, 13, fr. 5, 3 (Marcien); 41, 2, fr. 44 pr. (Papinien). Parmi les textes qui se réfèrent plus ou moins explicitement au *thensaurus-res nullius*, il y en a qui portent certainement la trace de remaniements graves (Tryphoninus, *Dig.*, 41, 1, fr. 63; et peut-être même Callistrate, *Dig.*, 49, 14, fr. 3, 10-11, où l'on remarquera le passage brusque du pluriel au singulier : *Si... thensauri reperti fuerint... : item si in Caesaris possessione repertus fuerit...*). Le plus intéressant pour nous, à raison de sa date, est un texte de Scaevola, *Dig.*, 6, 1, fr. 67 : A tutore pupilli domum mercatus ad eius refectionem fabrum induxit; is pecuniam invenit; quaeritur ad quem pertineat. Respondi (si non thensauri fuerunt, sed pecunia forte perdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata), nihilominus eam esse, cuius fuerat. Le *responsum* a été visiblement maquillé par l'insertion du développement restrictif que nous avons mis entre crochets. En la forme, le pluriel *thensauri*, déjà suspect, nous l'avons vu, chez Callistrate, *Dig.*, 49, 14, fr. 3, 10, rappelle des pluriels analogues qui sont des critères connus d'interpolation (Cf. Mancaleoni, *Contributo allo studio delle Interpolazioni*. Extr. d'*Il Filangieri*, 1901). Au fond, la distinction faite entre les *thensauri* d'une part, et la *pecunia* perdue ou oubliée d'autre part, ne cadre qu'imparfaitement avec la distinction faite par Paul dans le fr. 31, 1 (*Dig.*, 41, 1) entre le *thensaurus* (= dépôt d'argent effectué de temps immémorial), d'une part, et les valeurs enfouies par un propriétaire avare ou méfiant, d'autre part. Et il y a bien des chances pour qu'il faille accuser de ce défaut d'harmonie la gaucherie des compilateurs.

2° Voyons maintenant si le fr. 3, 3 (*Dig.*, 41, 2) est pur. Mr Appleton tient la phrase finale tout entière (*sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse*), pour un glossème ou une interpolation. Il se fonde sur la répétition fâcheuse *si sciat... quia scit*. — En réalité cette répétition justifierait tout au plus l'élimination de l'une des propositions qui se répètent probablement de la seconde, *quia scit alienum esse*). Mais cela ne changerait pas au fond le sens du texte. Car il resterait toujours les mots *si sciat* : il est impossible que l'usucapant connaisse l'existence du trésor sans savoir que ce trésor ne lui appartient pas. Peu importe qu'il ignore qui est le *dominus*, du moment qu'il sait qu'il n'est pas ce *dominus*. — Mais faut-il même sacrifier le *quia scit alienum esse?* C'est encore chanceux. Car le souci d'éviter les répétitions semble avoir été fort étranger au rédacteur de notre fragment (*quamvis nesciat...; is enim qui nescit...; quamvis nesciat... quamvis... possideat*). On ferait, il est vrai, disparaître plusieurs de ces répétitions en éliminant, comme nous le proposons, l'incise *quamvis nesciat in fundo esse* mais c'est précisément ce à quoi Mr Appleton ne veut pas se résoudre.

Concluons. Des deux textes en conflit, c'est sûrement le fr. 3, 3 (*Dig.*, 41, 2) qui représente le mieux la notion que Paul se faisait du *thensaurus*. Il est bien relatif à un *thensaurus-res aliena*. Le fr. 31, 1 (*Dig.*, 41, 1) est interpolé. Justinien paraît même avoir interpolé assez méthodiquement plusieurs textes relatifs à la notion du *thensaurus*.

bout d'un an ou de deux ans. Mais, dès avant l'expiration du délai légal, le *fur in causa usucapiendi* a la propriété prétorienne avec ses sanctions. En outre, le *furtum improprium* est une *iusta causa traditionis*, et fait acquérir instantanément la propriété quiritaire des *res nec mancipi*[1].

Ce qui empêche ordinairement de comprendre le *responsum* de Brutus et de Manilius, c'est que le droit a beaucoup changé par la suite. Tandis que les premiers interprètes de la loi Atinia opposent les *res subreptae* aux *res furtivae*, les jurisconsultes classiques traitent de la même façon ces deux sortes de choses. C'est l'effet d'une évolution jurisprudentielle et doctrinale postérieure de beaucoup à la loi Atinia, qui a étendu à toutes les *res furtivae* les dispositions établies pour les seules *res subreptae*. Nous verrons que rien n'était fait encore en ce sens au temps de Q. Mucius Scaevola[2], ou même au temps d'Alfenus Varus[3], et que bien peu de chose était fait au temps de Labéon[4]. Mais la transformation paraît réalisée dans les textes de Sabinus[5] : et c'est ce que nous pouvions prévoir en considérant que Sabinus emploie le premier[6] l'expression *res furtiva* dans son commentaire de la loi Atinia.

Une autre évolution, moins facile à saisir, est venue introduire la condition de la mauvaise foi dans la théorie de la *subreptio*. Les jurisconsultes ont eu à interpréter le terme légal *subripere*. Or *subripere* n'est pas synonyme de *rapere*. L'apposition du préfixe *sub* ajoute au sens du radical une idée de *clandestinité*, de *dissimu-*

[1] *Infra*, c. X, §§ 3 et sqq. ; c. XII, § 4, etc. Cf. Cuq, *Recherches sur la possession à Rome*, N. *Rev. Hist. de Droit*, XVIII (1894), p. 41. Lesueur, *Sur l'histoire de l'usucapion*, *Ibid.*, IX (1885), pp. 275-276. Nous nous réservons d'indiquer plus loin d'autres raisons de croire que le *furtum* a été pendant longtemps un titre d'acquisition : les unes tirées du droit comparé, les autres tirées de l'existence de la *condictio ex causa furtiva*. L'anomalie initiale de cette *condictio* (Gaius, IV, § 4) s'explique aisément si l'on admet qu'elle n'était donnée que dans des cas où le voleur était devenu par son vol propriétaire de la *res furtiva*. Et en effet ses premières applications se rattachent toutes à des cas de *furtum improprium*, dans lesquels il n'y avait pas de *subreptio*, et qui ne tombaient pas sous le coup de la loi Atinia.

[2] *Infra*, c. IX, § 2.

[3] *Infra*, c. XII.

[4] *Infra*, c. XIV, §§ 7 et sqq.

[5] *Infra*, c. XVI, § 7 et sqq.

[6] On trouve bien les mots *res furtiva* dans un texte mis sous le nom de Tryphonius. Mais nous verrons que ce texte appartient en réalité à Neratius (*Infra*, c. XIII, § 1).

lation qu'on retrouve de la même façon dans les mots français *soustraire* et *subreptice*. De l'idée de dissimulation à l'idée de mauvaise foi, il n'y a qu'un pas, que les interprètes de la loi ont, sans doute, franchi assez tardivement. L'évolution ne paraît accomplie qu'au temps de Sabinus.

7

B. *Eius rei aeterna auctoritas esto.* La formule est fort énigmatique. Nous n'arriverions pas en fixer le sens si nous nous bornions à la considérer en elle-même et sans pièces de comparaison. Nous croyons utile d'étudier d'abord cette même formule dans une autre de ses applications. Cette digression nécessaire nous permettra d'écarter *de plano* certaines difficultés.

Cicéron rapporte un autre précepte des Douze Tables qui se termine aussi par les mots *aeterna auctoritas esto*[1] :

Hostis... apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim Tabulae : aut status dies cum hoste; itemque : adversus hostem aeterna auctoritas.

La proposition *Adversus hostem aeterna auctoritas <esto>* nous paraît exprimer à peu de chose près la même idée que la proposition de Gaius : *Usucapionis ius proprium est civium Romanorum*[2]. Le pérégrin qui n'a pas le *ius commercii* ne peut usucaper un bien d'un citoyen romain. Si longtemps qu'il possède, il ne peut jamais invoquer la garantie résultant de l'usage (*usus auctoritas*[3]) pour repousser le revendiquant romain, tandis que, à l'inverse, le Romain poursuivi par un pérégrin[4] peut toujours invoquer contre lui toute espèce de garantie (= *auctoritas* tout court, ce qui comprend d'ailleurs aussi l'*usus auctoritas*).

[1] Cic., *De officiis*, I, 12, 37. Dirksen, *XII Tafel-Fragmente*, T. III, 7, p. 727, et pp. 262-264; Schœll, *XII Tabulae*, T. III, 7, p. 124; Girard, *Textes*[4], T. III, 7, p. 13; Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], T. III, 7, p. 21; Voigt, *XII Tafeln*, T. V, 10, I, p. 711, et II, pp. 203 et sqq.; Nikolsky, *XII Tablitz*, T. II, 6, p. 3; Riccobono-Baviera-Ferrini, *Fontes*, T. III, 7, p. 29 (qui se montrent d'ailleurs disposés à rapprocher, comme le fait Voigt, le précepte en question des préceptes sur l'usucapion).

[2] Gaius, *Inst.*, II, 65.

[3] Nous reviendrons plus loin sur le sens de cette expression, attestée, comme on sait, par Cicéron, *Top.*, IV, 23 et *Pro Caec.*, 19, 54.

[4] Remarquons que le pérégrin peut revendiquer contre le Romain, s'il appartient à une cité ayant avec Rome la *reciperatio*.

On a donné, il est vrai, d'autres interprétations de ce texte[1]. On a voulu notamment[2] y trouver une indication relative à la seule action *auctoritatis*, issue de la mancipation. Karlowa, par exemple, édifie une théorie compliquée. Il pose en principe que ce n'est pas notre précepte qui fixe le caractère civil de l'usucapion. Au temps où il fut émis, ce caractère était déjà reconnu, croit-il, dans toute son étendue. (Comment? depuis quand? il ne le dit pas.) Dès lors, l'usucapion n'avait lieu qu'entre citoyens, et un Romain ne pouvait usucaper le bien d'un pérégrin. Supposons qu'un *civis Romanus* eût mancipé à un autre *civis Romanus* une chose qui appartenait, en réalité, à un pérégrin : l'acquéreur ne pouvait usucaper; le mancipant devait donc rester éternellement tenu à garantie. Et tel serait le sens de notre précepte. — Nous ne pouvons point accepter cette interprétation. Le texte légal, auquel il faut bien revenir, malgré toutes les préventions contraires, atteste que la mesure est prise contre l'*hostis (adversus hostem*[3]). Avec l'explication de Karlowa, ou avec toute autre explication du même genre, c'est en réalité le mancipant, citoyen romain, qui souffre de la perpétuité de l'*auctoritas*.

Le sens que nous attribuons ainsi au mot *auctoritas*[4] se confirme par divers témoignages où *auctoritas* désigne évidemment la pro-

[1] Bunckhard, *Ueber die Bedeutung des Satzes der XII Tafeln « Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, adversus hostem aeterna auctoritas »* (*Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, VII (1868), pp. 79-131), spp. 86 et sqq.; Usener, *Die Bedeutung des Satzes der XII Tafeln : Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est* (*Z. f. Rechtsgeschichte*, IX (1870), pp. 195-203).

[2] Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 406; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 208.

[3] Sur le sens d'*adversus*, voy. le dépouillement de textes tout à fait significatif contenu dans le *Thesaurus linguae latinae*, v° *Adversus-adversum* (I, col. 853-861). Ce dépouillement établit surabondamment qu'*adversus* a très généralement, — presque toujours, — le sens de *contre* (avec une idée d'hostilité). Il n'a que tout à fait exceptionnellement le sens de *en faveur de* (Vuy, col. 860, 37). Encore plusieurs témoignages dont l'auteur du dépouillement s'est servi pour illustrer cette dernière acception, — et, parmi eux, notre précepte des Douze Tables (col. 860, 37), — ne figurent-ils là qu'en vertu d'idées préconçues. De même l'essai sémantique de Voigt (*XII Tafeln*, II, p. 208, n. 12) peut passer pour tendancieux. Tandis que les textes anciens (*Sén.-Cons. des Bacchanales* (568), l. 24; *Inscr. de Luceria* (2e moitié du VIe siècle?), l. 4; Giuyno, *Testes*[1], p. 129 et p. 48) attribuent nettement à *adversus* le sens de *contre*, c'est à un témoignage de Suétone (*Claud.*, 28) que Voigt fait appel pour établir qu'*adversus* signifie aussi « *en regard de, relativement à, en faveur de* ».

[4] Sur les divers sens d'*auctoritas*, voy. *Thesaurus linguae latinae*, v° *Auctoritas*.

priété fondée sur une possession prolongée. Voici un exemple, tiré du discours de Cicéron *De haruspicum responsis :*

Multae sunt domus in hac urbe..., atque haud scio an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipii, iure nexi[1].

Le mot *auctoritas*, placé entre des titres d'acquisition tels que l'*hereditas* et le *mancipium*, ne peut désigner que l'usucapion, ou même la propriété fondée sur l'usucapion[2]. En somme, avoir une *aeterna auctoritas*, c'est pouvoir invoquer perpétuellement son droit de propriété, c'est pouvoir revendiquer perpétuellement, nonobstant tout *usus* contraire[3].

8

Revenons à la loi Atinia. Nous traduisons sans difficulté *Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto* par *Les choses enlevées subrepticement ne seront pas susceptibles d'usucapion.* Nous adoptons cette interprétation avec d'autant plus de confiance que c'est tout justement elle que nous rencontrons chez les jurisconsultes qui paraphrasent la loi. Il n'y a, entre leur interprétation et la nôtre, qu'une différence : ils parlent de *res furtivae* là où le texte légal parlait de *res subruptae.* (Julien : *Usucaperet, nisi lex... Atinia obstaret.* Paul : *Quod... dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur...* Justinien : *Furtivarum rerum... lex Atinia inhibet usucapionem.)*

Tel est le sens simple, normal, naturel du texte. Mais l'on s'en est rarement contenté. Ici encore on a prétendu trouver une allusion à l'action *auctoritatis* issue de la mancipation. Les Douze Tables prohibaient déjà, dit-on, l'usucapion des choses furtives. La loi Atinia a ajouté à cette prohibition quelque chose de nouveau en décidant que l'action *auctoritatis* donnée contre le mancipant d'une *res furtiva* ne s'éteindrait plus par l'expiration du délai ordi-

II, col. 1213-1234; Karlowa, *R. R. G.*, II, pp. 405 et sqq.; Girard, *L'action auctoritatis*, *N^lle Rev. Hist. de Droit*, VI (1882), pp. 182 et sqq. (et les auteurs cités p. 186, n. 1).

[1] Cic., *De harusp. resp.*, 7, 14.

[2] Girard, *L'action auctoritatis*, p. 185. Cf. Costa, *Cicerone giureconsulto*, *l° c°*, p. 96.

[3] C'est la traduction donnée par le *Thesaurus linguae latinae*, *l° c°*, col. 1214.

naire de l'usucapion (un an ou deux ans). L'utilité de la loi Atinia aurait été principalement celle-là : rendre imprescriptible l'action *auctoritatis* dans les cas où l'usucapion était impossible, parce qu'il s'agissait d'une chose volée[1].

Que vaut cette explication? Nous savons qu'elle ne s'appuie sur aucun témoignage. Elle s'appuie exclusivement sur une hypothèse relative à la durée de l'obligation de garantie sanctionnée par l'action *auctoritatis*. On admet que cette durée serait la même que celle de l'usucapion (un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles). Mais, comme les actions civiles anciennes sont, en règle générale, imprescriptibles, il faut admettre aussi que cette limitation de l'action *auctoritatis* a sa source dans une disposition législative expresse : on interprète en ce sens le précepte des Douze Tables : *Usus auctoritas fundi biennium..., ceterarum rerum... annuus est usus*[2]. Ce précepte fixerait à la fois les délais de l'usucapion (*usus*) et ceux de l'action *auctoritatis* éventuelle de l'acquereur contre l'aliénateur[3]. — Tel est le système. Il se heurte aux difficultés les plus graves.

1° On est d'accord pour admettre que la loi portait *usus auctoritas*. Ces deux mots ainsi accolés ne peuvent s'interpréter disjonctivement[4]. Cela est également vrai si l'expression est un asyndeton, ou si, comme semblent l'attester Boèce[5] et, d'après lui, Isidore[6], *usus* est le complément d'*auctoritas*[7].

[1] En ce sens Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 207, suivi par Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion* (*Nouv. Rev. Hist. de Droit*, IX, 1885, pp. 261-302), p. 263; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 497; Cuq, *Inst. jur.*, I², p. 506; I³, p. 177; Girard, *Manuel*⁶, p. 309, 1.

[2] Cic., *Topic.*, 4, 23.

[3] Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 328-329; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 207; Girard, *Manuel*⁶, p. 299, 2. Dubitatif Gaspolio, *L. c.*, p. 166.

[4] *Contra* Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion*, p. 263, n. 4 (s'appuyant sur Cicéron, *Pro Caecina*, 19, 54 : Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. Mais ce texte amène seulement à considérer *usus auctoritas* comme un asyndeton; il n'impose pas du tout l'interprétation disjonctive).

[5] Boeth., in Cic., *Top.*, 4, 23 : Hic igitur actum usus auctoritatem [illegible] fieri sentit. Le point d'exclamation dont Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes*⁷, p. 25, 3, croient devoir accompagner le mot *usus* trahit une idée préconçue.

[6] Isid., *Orig.*, V, 25, 30 : Hic usus auctoritatem biennio fieri [illegible]

[7] Sur cette question d'interprétation grammaticale, voy. Schmalz, *XII Tafeln*, pp. 102-103; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 204, 2; Cuq, *Inst. jur.*, I², p. 499, n. 1; I³, p. 85, n. 4; Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 329, n. 1; Girard, *Manuel*⁶, p. 299, 2.

2° *Auctoritas* signifie proprement *assistance*, *garantie* [1], et non *obligation d'assister*, *de fournir la garantie* [2] (de même, par exemple, que *res uxoria* signifie *dot*, et non *obligation de restituer la dot*, ou que *furtum* signifie *vol* et non *obligation née du vol)*. De sorte que, même interprétée disjonctivement, la règle *Usus auctoritas fundi biennium* ne dit point ce qu'on lui fait dire. Puisqu'on traduit : *L'usucapion* < *est de* > *deux ans*, c'est-à-dire : *L'usucapion s'accomplit, se réalise, se parachève au bout de deux ans*, on ne peut pas traduire en même temps : *La garantie* < *est de* > *deux ans* dans le sens : < *L'obligation de* > *garantie* < *n'* > *est* < *que* > *de deux ans, dure deux ans* < *seulement* >, donc *s'éteint au bout de deux ans*. Le verbe, quel qu'il soit [3], qu'on supplée dans le brocard des Douze Tables, ne peut exprimer simultanément une idée de réalisation, d'accomplissement, et une idée d'extinction [4].

3° Les commentateurs anciens du texte se bornent, en l'expliquant et en le paraphrasant, à dire qu'il fixe à un an ou deux ans le délai d'usucapion; ils ne mentionnent point la prétendue prescription extinctive de l'action *auctoritatis* [5].

4° Enfin le système que nous combattons a le défaut d'être absolument inutile. Comme le fait justement observer M. Girard, « si l'action *auctoritatis* s'éteint par un délai d'un ou deux ans, c'est par un contre-coup forcé de l'expiration du délai de l'usucapion, après laquelle l'éviction, qui est sa condition d'ouverture, ne pourra plus se produire [6] ». Les Douze Tables, en fixant les délais de l'*usus*, fixaient donc implicitement ceux de l'action *auctoritatis*. A quoi bon, dès lors, mentionner spécialement cette action? Si le mot

Girard, *L'action auctoritatis*, *N^lle Rev. Hist. de Droit*, VI (1882), p. 183.

[2] Mr P. F. Girard commet une légère inexactitude lorsqu'il dit *(L'action auctoritatis, l° c°*, p. 182, 4; p. 185), qu'*auctoritas* désigne parfois « l'obligation à garantie que le vendeur assume pour le cas d'éviction (*Auctoritatem promittere* ou *auctoritatem contrahere* ». Dans les expressions *auctoritatem promittere* ou *auctoritatem contrahere*, c'est le verbe qui introduit l'idée d'obligation. Dirait-on que *res uxoria* désigne parfois l'obligation de restituer la dot, parce que, dans la *cautio rei uxoriae*, le mari *promittit rem uxoriam?*

[3] Sans doute *esto* (d'après Cic., *Pro Caecina*, 19, 54).

[4] Cf. Umfrid, *l° c°*, pp. 202-203.

[5] Gaius, *Inst.*, II, 42; 54; et, avec d'assez longs développements, Theoph., *Paraphr.*, II, 6, pr. (Ed. Ferrini, p. 129, 15 et 130, 10).

[6] Girard, *Manuel*[5], p. 728.

auctoritas se réfère bien à elle dans le précepte *Usus auctoritas fundi biennium* <*esto*>, il est superflu. On comprendrait qu'une loi rédigée avec les répétitions cauteleuses, les redondances, les conditions, les restrictions, les doubles emplois, que nous avons rencontrés par exemple dans la loi Fabia, n'hésitât pas à surcharger son texte d'une précision même inutile, et à ajouter ainsi l'*auctoritas* à l'*usus*. Mais cela est inconcevable dans un précepte rédigé comme le sont ceux des Douze Tables, avec une concision lapidaire, qui va jusqu'à supprimer des parties importantes du discours[1].

Concluons : la loi Atinia ne touche point à l'action *auctoritatis*. S'il y a entre elle et la disposition correspondante attribuée aux Douze Tables une différence quelconque, ce n'est pas sur ce point qu'elle porte.

9

Outre la disposition principale que nous venons d'analyser, la loi Atinia contenait une disposition accessoire. Elle prévoyait que la *res subrepta* redeviendrait susceptible d'usucapion dès qu'elle ferait retour au volé (= *in potestatem eius cui subrepta est*). Cette chose cesserait alors, mais alors seulement, d'être hors du commerce. A vrai dire, remarquons-le, il n'y a pas là une disposition complémentaire ; il y a bien plutôt une simple définition de la *res subrepta*. Jusqu'à quand la *res* reste-t-elle *subrepta*? La loi Atinia répond, conformément à la logique : tant que le déplacement de détention dure. La *subreptio* supposant un déplacement de détention de Primus à Secundus, la *reversio* suppose un déplacement de possession symétrique et inverse de Secundus à Primus. Il y a là, jusqu'à un certain point, une application de la règle de correspondance des formes.

Nous pouvons, à l'aide des éléments dont nous disposons, essayer une restitution intégrale du texte de la loi. Le passage de Paul (*l. LIV ad Edictum*), qui semble en donner (d'après Labéon?)[2]

[1] Schell, *XII Tabulae*, pp. 73 et sqq. ; Lambert, *La question de l'authenticité des XII Tables et les Annales maximi*, N^e^ *Rev. Hist. de Droit*, XXVI (1902), p. 171, 2, Ch. Appleton, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables* (Extr. de la *Rev. gén. de Droit*, 1902-1903), Paris, 1903, pp. 11-12.

[2] Labéon pourrait en effet avoir inspiré tout le § 6 de ce fragment : le § 7 commence par les mots : Labeo quoque ait ..

une citation à peine déformée (= Quod autem dicit lex Atinia « ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur », sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique cui subreptum est) nous servira de guide. Il en résulte en effet que la disposition accessoire relative à la *reversio* se présentait sous la forme d'une proposition conditionnelle négative *(nisi... revertatur)* greffée sur la proposition principale de la loi. Le sens que nous avons attribué aux mots *aeterna auctoritas esto* autorise cette insertion immédiate[1]. Nous savons d'ailleurs que la loi Atinia ne parlait pas de *res subrepta*[2], mais de *quod subruptum erit,* ce que Paul confirme *(in fine)*, en employant l'expression *cui subreptum est* là où l'on attendrait, d'après ce qui précède, *cui subrepta est*[3]. Le mot *potestas* figurait dans la loi, car Sabinus et Cassius l'ont commenté, et Paul a repris leur commentaire pour expliquer le même mot dans la loi Fufia Caninia[4]. On peut encore se demander si la désignation du bénéficiaire de la *reversio* par les mots *eius cui subruptum est* était bien la désignation légale, car elle contraste avec le style concis de la partie du texte qu'a citée Aulu-Gelle, et l'on comprend difficilement qu'on ait pu interpréter, comme on l'a fait, une disposition formelle sur la *reversio ad eum cui subruptum est* dans le sens d'une disposition sur la *reversio ad dominum.* Nous croyons devoir néanmoins maintenir les mots *eius cui subruptum est* dans notre restitution : car des mots analogues se rencontraient dans la loi Julia *repetundarum*, et ils ont été pareillement entendus

[1] C'est parce que Pernice croit qu'*auctoritas* se réfère ici à l'action *auctoritatis* qu'il imagine une proposition intermédiaire entre l'*eius rei aeterna auctoritas esto* et la disposition sur la *reversio* (Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 338, 2). Sa restitution est la suivante : Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto, ita ut res furtiva non usucapiatur, nisi quae in potestatem eius cui subrepta est, revertatur. On voit combien cette restitution est faible, au fond et en la forme; pour ne pas heurter une idée préconçue, elle s'écarte de tous les témoignages que nous connaissons.

[2] L'expression *res subrepta* peut néanmoins s'autoriser des termes *eius rei* qui figurent dans la loi.

[3] Cette observation nous amène à préférer la restitution que nous proposons à une autre restitution, plus conforme en apparence au témoignage de Paul : Quod subruptum erit, eius rei, nisi in potestatem eius cui subrepta est, revertatur, aeterna auctoritas esto.

[4] *Supra*, p. 269.

comme se rapportant à une *reversio ad dominum* (*Eadem lex... impedit usucapionem, priusquam in potestatem eius, a quo profecta res sit, heredisve eius veniat*[1]).

Nous parvenons ainsi à la restitution suivante :

Quod subruptum erit, nisi in potestatem eius, cui subruptum est, revertatur, eius rei aeterna auctoritas esto.

10

Nous venons de noter que la *reversio ad eum cui subreptum est* a été généralement entendue dans le sens d'une *reversio ad dominum*[2]. Par conséquent, si une chose a été enlevée à un créancier gagiste ou à un commodataire, ce n'est ni au créancier gagiste, ni au commodataire, mais c'est au *dominus* qu'elle doit faire retour pour redevenir susceptible d'usucapion[3]. Labeon est peut-être le premier auteur qui ait admis cette interprétation[4]. On la rencontre ensuite chez Sabinus et Cassius[5] (= In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt)[6]. Ces der-

[1] Paul., *l. LIV ad Edict.*, *Dig.*, 48, 11, fr. 8, 1.

[2] Gandolfo, *l. c.*, pp. 167 et sqq.

[3] Paul., *Dig.*, 41, 3, fr. 4, 6, *in fine* : Igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Dusaubois, *Traité du vol*, p. 257.

[4] Labeo, *l. V pithanon a Paulo epitomatorum*, *Dig.*, 41, 3, fr. 49 : Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Cf. aussi *supra*, p. 285, n. 2. Labéon avait aussi examiné les principales applications de son principe. Voy. Paul., *l. LIV ad Edictum*, *Dig.*, 41, 3, fr. 4, 7 et 9 : Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nanctus sit, videri in potestatem meam redisse... Item si eam rem, quam servus subripuerit, peculiari nomine teneat, non videri in potestatem meam reversam. Pomponius ait, nisi ita habere cœperimus, quemadmodum habuimus, antequam subriperetur, aut, cum rescissemus, in peculio eum habere concessimus : item Labeo. *Basil.*, 50, 3, 4, 7 et 9.

[5] Pour Cassius, voy. aussi *Dig.*, 41, 3, fr. 4, 21 (dans lequel les mots *furtivis cum eo furti agi potest* pourraient être interpolés). La contradiction entre ce témoignage et celui de Paul (*Dig.*, 41, 3, fr. 49) s'expliquerait alors par ce fait que Cassius admettait moins largement que Paul la théorie du *furtum possessionis*. Cette théorie était encore trop récente de son temps pour qu'on osât, comme on le fit plus tard, assimiler le *furtum possessionis* au *furtum rei*, et considérer que le *possessor* était, comme titulaire de sa possession, comparable au dominus de la chose volée qu'il était, en quelque sorte, *dominus possessionis*. Cf. Gandolfo, *l. c.*, pp. 214-225.

[6] *Supra*, p. 269.

niers juriconsultes admettent, on le voit, que la faculté de revendiquer équivaut à la *reversio* matérielle : la *reversio* n'est donc plus un déplacement de détention symétrique et inverse de la *subreptio*. En même temps, fait également notable, Sabinus et Cassius substituent l'expression *res furtiva* à l'expression *quod subreptum est* qu'employait le texte légal (et, d'après lui encore, Labéon). Nous ne sommes pas éloignés de croire qu'il y a une corrélation entre les deux faits. C'est en effet du jour où l'on interpréta la loi Atinia comme s'appliquant à toutes les *res furtivae*, c'est-à-dire même à des choses volées, sans déplacement, par leur propre détenteur, qu'il ne fut plus possible de conserver à la *reversio* son sens originaire. On ne pouvait plus la faire fonctionner au profit de celui *cui subreptum est*, puisqu'il n'y avait pas de *subreptio ;* on la fit fonctionner au profit du *dominus*. Ainsi la transformation doctrinale[1] que nous signalons, commencée par Labéon, fut achevée par Sabinus et son école. La formule nouvelle dut d'ailleurs occasionner d'autres difficultés dans les cas de *furtum suae rei*, difficultés dont nous retrouvons la trace dans les textes[2].

II

On a prétendu que la disposition sur la *reversio*, consacrée par la loi Atinia, n'avait pas son équivalent dans la loi des Douze Tables. Ce serait là, pour certains auteurs[3], la différence essentielle qui séparerait les deux préceptes des Douze Tables et de la loi Atinia

[1] Nous croyons que cette transformation a été principalement l'œuvre de la doctrine. Certains auteurs pensent, il est vrai (Gandolfo, *l^o c^o*, p. 168), qu'il faut tenir compte plutôt des lois Plautia (677 = 77) et Julia *de vi* rendue sous César ou sous Auguste). L'une de ces lois aurait expressément prévu, pour les *res vi possessae*, que l'usucapion redeviendrait possible par la *reversio ad dominum*. Venuleius nous apprend en effet que « quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve eius perveniat, usucapi lex vetat ». Cette réglementation aurait été étendue des *res vi possessae* aux *res furtivae*. — L'hypothèse serait séduisante s'il était avéré que Venuleius fait une citation textuelle. Mais on peut croire qu'il se borne à donner l'interprétation traditionnelle du texte légal. C'est de la même façon que Sabinus et Cassius disaient : In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri...

[2] Gandolfo, pp. 204 et sqq.

[3] Desjardins, *Traité du vol*, p. 236; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 240; Cuq, *Inst. jurid.*, I², p. 177; Girard, *Manuel*³, p. 309, 1, et les auteurs cités par Gandolfo, *l^o c^o*, p. 165.

prohibant l'usucapion des choses volées. On expliquerait ainsi pourquoi la seconde dut venir compléter la première. Explication singulièrement fragile ! Existe-t-il un texte, — un seul texte, — impliquant que les Douze Tables ignorassent la *reversio* ? On suppose qu'avant la loi Atinia le vice de furtivité était indélébile et que la chose volée, même revenue aux mains de son maître, ne pouvait plus jamais être usucapée ! Sans vouloir souligner l'impossibilité pratique d'un tel système, nous nous bornons à demander : existe-t-il un texte, — un seul texte, — impliquant qu'on a jamais connu des choses privées ainsi soustraites éternellement à l'usucapion, et mises en quelque sorte hors du commerce ? Bien au contraire, on relèverait facilement des indices desquels il résulte que le *furtum improprium* est resté, jusqu'à une époque relativement récente, un titre d'acquisition pour le voleur[1]. La prétendue différence qu'on relève entre les dispositions des Douze Tables et de la loi Atinia n'a d'autre raison d'être que le désir de justifier coûte que coûte un doublet embarrassant.

Mais, à côté de cette explication vraiment trop hypothétique, on en a proposé d'autres. Ainsi Mommsen a pensé[2] que la disposition des Douze Tables n'était dirigée que contre le voleur (car, au temps des Douze Tables, on pouvait usucaper sans bonne foi), tandis que la disposition de la loi Atinia était dirigée contre les acquéreurs de la chose volée. Il est fâcheux que cette hypothèse ne cadre pas avec les témoignages que nous possédons : tandis que les uns attribuent aux Douze Tables un précepte prohibant l'usucapion des *res furtivae*, conçu dans les termes les plus généraux, sans que rien indique qu'il doive s'appliquer au seul voleur, les autres attribuent à la loi Atinia un précepte prohibant l'usucapion des *res subreptae*, conçu dans des termes tout aussi généraux, sans faire aucune mention spéciale des acquéreurs.

C'est dans une autre direction que M. Cuq avait autrefois cherché la solution de notre question. Pour lui[3], la loi Atinia ne devait pas viser la même catégorie de choses que les Douze Tables. Il y avait, au temps des décemvirs, des choses dans le commerce qui n'étaient

[1] Voy. *supra*, p. 279.
[2] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 756, 1 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 60, 3.
[3] Cuq, *Inst. jurid.*, I, p. 505.

pas susceptibles de propriété quiritaire et d'usucapion, et qui l'étaient devenues au temps de la loi Atinia. C'étaient les biens composant la *pecunia*, c'est-à-dire les *res nec mancipi*. La loi Atinia aurait servi à étendre à cette catégorie de choses le précepte des Douze Tables qui ne s'appliquait qu'aux *res mancipi*. Pas plus que le précédent, cet ingénieux système ne trouve d'appui dans les textes : aucun des témoignages relatifs à la prohibition d'usucaper les choses volées ne fait la moindre distinctiou selon que ces choses sont *mancipi* ou *nec mancipi*. D'ailleurs la théorie sur laquelle le système se base, — nous voulons dire la théorie de Ihering sur l'opposition de la *familia* et de la *pecunia*, — paraît bien discréditée maintenant. Aussi M. Cuq lui-même semble-t-il aujourd'hui près d'abandonner son hypothèse[1] ; le Savant auteur admettrait volontiers que la loi Atinia s'est bornée à répéter telle quelle une disposition antérieure des Douze Tables. C'est le parti qu'ont pris plusieurs romanistes[2] ; il est sage.

12

Cependant l'idée d'une répétition sans changement notable chagrine beaucoup d'historiens, qui ne se l'expliquent pas. Bien à tort, selon nous. Le droit comparé suffit en effet à en rendre compte. Il nous enseigne que, dans les sociétés jeunes, la formation du droit par voie coutumière a seule un caractère de permanence ; la formation du droit par voie législative, lorsqu'elle commence à se produire, ne jouit que d'une autorité provisoire et temporaire. Les premières lois ont sans cesse besoin d'être renouvelées, confirmées, répétées. A ce stade de l'évolution, les doublets législatifs sont la règle. Quel historien du droit s'étonnerait de trouver une même prescription répétée deux, trois, quatre fois, ou davantage, dans la série des Capitulaires des rois francs ou des Ordonnances des rois Capétiens ? Si les deux dispositions sur l'usucapion des choses volées que l'on rattache aux Douze Tables et à la loi Atinia étaient réellement identiques dans leur teneur intrinsèque, et si la

[1] Mr Cuq est en effet beaucoup moins affirmatif dans la deuxième édition de ses *Institutions juridiques* (I, p. 177).

[2] P. ex. Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, 1852, p. 30. Desjardins, *Traité du vol*, p. 230.

tradition qui les rapporte présentait des garanties égales de certitude, nous nous bornerions à les enregistrer telles quelles. L'existence d'un doublet, si caractérisé soit-il, ne nous fournirait pas, à elle seule, une raison de suspecter l'histoire traditionnelle.

Mais nous avons des motifs de suspicion plus graves.

1° Un premier fait attire l'attention : c'est que les sources les plus anciennes sur l'imprescriptibilité des choses volées ne mentionnent que la loi Atinia ; elles ne font pas la moindre allusion aux Douze Tables. Nigidius Figulus n'en dit pas un mot ; Cicéron pas davantage : chose d'autant plus surprenante que l'on sait avec quel empressement Cicéron saisit la première occasion venue de citer les Douze Tables ! Cette omission prend plus de portée encore si l'on remarque quel cas Cicéron paraît faire de la loi Atinia. C'est pour lui une loi notoire et une loi novatrice : car il considère qu'une ville peut s'enorgueillir d'avoir donné le jour à son auteur. Prendrait-il pareille attitude si la loi Atinia n'était que la réédition d'un précepte connu, et contenait tout au plus quelques innovations de second ordre ?

Quant aux sources qui rattachent la prohibition d'usucaper les choses volées aux Douze Tables, elles sont plus rares, et beaucoup plus récentes. On n'en trouve pas, nous le savons, d'antérieures au IIe siècle de notre ère.

2° Les deux séries de sources ne contrastent pas seulement par leur âge ; elles contrastent par leur degré de précision. Les sources qui se réfèrent au précepte des Douze Tables ne produisent qu'une information générale, sommaire, incolore : les Douze Tables ont, disent-elles, prohibé l'usucapion des choses volées. C'est tout. A cette donnée d'ensemble elles n'ajoutent aucun détail typique, aucune citation, rien de net ou de concret. Bien plus, aucun commentaire doctrinal ne se base sur les termes du précepte des Douze Tables. Somme toute, rien de ce précepte n'a survécu. Au contraire, les sources attribuent à la loi Atinia une physionomie assez frappante. Elles nous donnent tout l'essentiel du texte, et insistent sur les mots caractéristiques qui y sont contenus. A l'explication de ces mots caractéristiques, les jurisconsultes accumulent des commentaires abondants. Somme toute, la tradition relative à l'imprescriptibilité des choses volées dans les Douze Tables est quelque chose de vague et d'inconsistant ; la tradition relative à la

loi Atinia est quelque chose de net et de solide. On ne dira pas que cet avantage de la loi Atinia tient à ce qu'elle est la plus jeune et, par suite, la plus facile à connaître : car la loi Atinia date du VIe siècle U. C., et, au VIIe siècle encore, les Douze Tables étaient dans toutes les mains, et les écoliers les apprenaient par cœur[1].

3° La comparaison que nous venons de faire suffit déjà à rendre suspecte la tradition relative au précepte des Douze Tables. La suspicion se confirme si l'on considère les contradictions que fait ressortir entre les deux traditions l'analyse de leur contenu.

Les sources rattachent aux Douze Tables la prohibition d'usucaper les *res furtivae*, c'est-à-dire toutes les choses qui ont été l'objet d'un *furtum*, avec ou sans déplacement de détention *(furtum improprium* aussi bien que *furtum proprium*[2]*)*. Or toutes les sources qui se réfèrent au texte même de la loi Atinia ne visent que les choses soustraites *(res subruptae* ou *subreptae)*, donc les choses qui ont été l'objet d'un *furtum proprium*. L'objet de la loi Atinia est donc moins large que celui de la disposition attribuée aux Douze Tables[3], et c'est déjà une première invraisemblance, car on sait que l'évolution juridique s'accomplit plutôt du particulier au général que du général au particulier[4]. Mais l'invraisem-

[1] Cic., *De legibus*, II, 23, 59 : discebamus enim pueri duodecim ut carmen necessarium...

[2] Ecartons, en passant, une difficulté. On pourrait nous répliquer : Les Douze Tables ne visaient originairement, comme la loi Atinia, que les *res subreptae*, et leur précepte était déjà conçu en la forme : *quod subruptum erit*... (Ce doit être la pensée de Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 338, n. 2). C'est l'interprétation qui a étendu le précepte, pour elles comme pour la loi Atinia, à toutes les *res furtivae*. — A cela nous répondons : les Douze Tables ne pouvaient s'appliquer aux mêmes choses que la loi Atinia. Sinon la controverse sur la rétroactivité de cette loi ne se comprendrait plus. Si les Douze Tables avaient déjà employé la formule « quod subruptum erit », l'interprétation de cette formule aurait été fixée depuis longtemps à l'époque de Brutus, Manilius et P. Mucius. En règle générale, les auteurs qui ont essayé de restituer la disposition des XII Tables rendant imprescriptibles les choses volées ont construit leur restitution sur les mots *res furtiva* ou *furtum*. Pour les restitutions anciennes, voy. Dirksen, pp. 593-594. Citons parmi les plus récentes la restitution de Voigt : Nec forum bustumve, nec furtum usu capitor (V, 8, *XII Tafeln*, I, p. 711) et celle de Nikolsky : Rei furtivae aeterna auctoritas esto (II, 7, *XII Tablitz*, p. 3).

[3] Seul Jacques Godefroy s'est avisé de penser (*Notae breves*, p. 164) que la loi Atinia était plus compréhensive que les Douze Tables. Cf. Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, p. 591.

[4] Voy. p. ex. les discussions soulevées sur ce point par la théorie de Mr Wlassak.

blance s'aggrave si l'on considère la suite du développement. Étant donnés deux préceptes successifs, l'un qui établit l'imprescriptibilité des *res furtivae*, l'autre qui établit l'imprescriptibilité des *res subreptae* seulement, l'effet du second précepte, par rapport au premier, peut s'envisager de deux façons : A. Ou bien le second a abrogé complètement le premier, et alors celles des *res furtivae* qui n'étaient pas *subreptae* sont redevenues prescriptibles ; après quoi, par un élargissement ultérieur de la notion de *subreptio*, élargissement établi par des témoignages certains, ces mêmes choses sont redevenues imprescriptibles une seconde fois. Il y a donc eu successivement progression, régression et encore une fois progression. Cette espèce de flux et de reflux ne se comprend guère, et l'on ne trouve aucune pièce de comparaison à citer pour justifier un pareil enchaînement. B. Ou bien le second précepte n'a modifié le premier que partiellement, et l'a laissé subsister dans toute la mesure où il ne le contredisait point. Alors, tandis que l'imprescriptibilité des *res subreptae* se trouvait désormais régie par le plus récent, l'imprescriptibilité des autres *res furtivae* subsistait sur ses bases primitives, et demeurait régie par le plus ancien. Mais cette interprétation, qui attribue une genèse plus acceptable aux faits historiques, méconnaît des témoignages positifs : bien après la loi Atinia, et jusqu'au temps d'Alfenus Varus, des textes prouvent que certaines *res furtivae* — celles qui ne sont pas *subreptae* — peuvent encore être usucapées[1].

3° Ce n'est pas tout. Nous discernons dans les sources la trace de confusions et de retouches qui nous éclairent sur la genèse tardive de la légende attribuant aux Douze Tables l'imprescriptibilité des *res furtivae*.

C'est chez Gaius que les causes et le processus de la confusion apparaissent le plus nettement. Gaius, on le sait, semble ignorer la loi Atinia ; pour lui, l'imprescriptibilité des choses volées ne découle que des Douze Tables. C'est pourquoi, en copiant son texte, les Institutes de Justinien croient devoir le compléter ; elles y ajoutent une mention de la loi Atinia : « Lex duodecim tabularum et lex

Zur Geschichte der Negotiorum Gestio, 1879, selon laquelle l'évolution historique de la gestion d'affaires se serait opérée du général au particulier.

[1] *Infra*, c. XII, §§ 4 et sqq.

Atinia inhibet usucapionem[1]... » ; addition mal soudée au contexte, puisque les rédacteurs des Institutes oublient de mettre le verbe au pluriel, et qu'on lit *inhibet* là où l'on attendrait *inhibent*. Pourquoi donc Gaius a-t-il perdu de vue la loi Atinia pour ne s'attacher qu'aux Douze Tables? Sans doute a-t-il obéi à cette illusion si générale depuis la fin de la République, qui engage les Romains à revendiquer pour leur vieux recueil décemviral tous les préceptes vénérables par leur antiquité; c'est d'autant plus facile que personne désormais n'apprend plus les Douze Tables par cœur[2]. Par une coïncidence curieuse, Gaius nous atteste lui-même, quelques lignes plus bas, la force de cette illusion, et en des termes qui excluent toute équivoque. Le jurisconsulte raconte en effet qu'on rattache couramment aux Douze Tables l'imprescriptibilité des choses volées et des choses possédées par violence (= furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitam esse). Or c'est là une erreur historique : il vient d'indiquer lui-même que l'imprescriptibilité des *res vi possessae* a été établie par les lois Plautia et Julia. Ne l'accusons pas, comme on l'a fait parfois[3], d'un lapsus grossier : car il a pris soin de distinguer ce qui se dit couramment (= quod... vulgo dicitur) de ce qu'il sait scientifiquement. Les Institutes de Justinien, en biffant dans le passage correspondant les mots *XII Tabularum* ont dû biffer aussi le mot *vulgo* (= quod autem dictum est), et donner par suite à toute la phrase un sens nouveau. Gaius, qui avait écrit une monographie sur les Douze Tables[4], devait être un des rares juriscon-

[1] Voy. *supra*, p. 258, la comparaison des deux textes.

[2] Cic., *De leg.*, II, 23, 59 : ... quas iam nemo discit...

[3] Ainsi Schoell, *XII Tabulae*, p. 12. La justification de Gaius donnée par Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, p. 592, est purement conjecturale : au temps des Douze Tables, le *furtum* aurait englobé la *violenta possessio*. Beaucoup plus pénétrante et ingénieuse est l'explication de M. Kniep, *Gai Institutionum commentarius secundus*, §§ *1-96*, p. 17, 2 (cf. p. 15, 8), pour qui les mots *et vi possessarum* représenteraient un remaniement récent du texte de Gaius. Même en admettant cette idée, le passage nous fournit la preuve de l'erreur qui rattachait communément aux XII Tables l'usucapion des *res vi possessae* : sinon, l'interpolateur eût pu mentionner les lois Iulia et Plautia.

[4] M. Fitting, *Alter und Folge*², établit (p. 55) que la monographie de Gaius sur les Douze Tables appartient aux dernières années d'Antonin le Pieux, et (p. 57) que les *Institutes*, commencées (jusqu'à II, 151) sous Antonin le Pieux, ont été achevées après la mort de cet empereur. Gaius avait donc probablement écrit sa monographie avant le passage des *Institutes* que nous analysons.

sultes de son époque qui en connût directement le texte : si les témoignages qu'il nous fournit à leur sujet sont plus d'une fois entachés d'erreur, cela s'explique soit parce qu'il adopte, comme ici, une tradition répandue, bien que la sachant fausse, soit parce qu'il suit un peu à la légère une source moins bien renseignée, qu'il ne prend pas la peine de contrôler. Il n'en reste pas moins avéré qu'au temps de Gaius on attribuait communément les dispositions des lois Plautia et Julia aux Douze Tables. De même Venuleius, contemporain de Gaius, les attribuait à une *lex* (sans épithète ni complément[1]), ce qui désigne, selon l'interprétation habituelle, un précepte des Douze Tables. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner si l'on rattachait aussi aux Douze Tables la disposition de la loi Atinia, encore plus ancienne que celle des lois Plautia et Julia[2].

Julien, appartenant, comme Gaius, à l'école sabinienne, ne devait pas rapporter une autre tradition que lui. Cependant il semble relier l'imprescriptibilité des choses furtives à la fois aux Douze Tables et à la loi Atinia : *usucaperet nisi lex XII Tabularum vel Atinia obstaret*[3]. Malheureusement, ce témoignage ne nous est pas parvenu directement ; il a passé par le Digeste, et il y a de grandes chances pour qu'il soit interpolé. Les compilateurs de Justinien ont dû ajouter ici la mention de la loi Atinia, comme ils l'ont

[1] Voy. les exemples réunis par Schell, *XII Tabulae*, p. 12. Gaius attribue aux Douze Tables la disposition qui fixe à deux ans le délai de l'usucapion pour les *aedes* (*Inst.*, II, 42), alors que nous savons, par Cicéron (*Pro Caecina*, 19, 54 et *Top.*, 4, 23), que le précepte décemviral ne visait que les fonds non bâtis. Nous avons aussi établi que les mots *ex lege XII Tabularum* dans le texte de Gaius sur les actions *concepti* et *oblati* au triple, procèdent d'une erreur historique : la tradition récente a sans doute rattaché aux Douze Tables des actions créées par le préteur. *Supra*, pp. 53-55.

[2] Sur la loi Plautia (Plotia), voy. l'*Index legum* dans Cic., *Opera*, éd. Orelli et Baiter, VIII, pp. 233-243, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 654-655 (*Dr. pén. romain*, tr. Duquesne, II, pp. 372-375) ; Girard, *Manuel*[5], p. 309, note : « Quant à la loi Plautia..., c'est, sans aucun doute, la loi Plautia *de vi*, rendue postérieurement aux lois criminelles de Sulla, qu'elle vient compléter, mais avant l'an 691, sous lequel elle fut invoquée contre Catilina (Sall., *Cat.*, 31, 4), peut-être en 677, après la répression de l'insurrection de Lepidus, comme pense Mommsen (*Dr. pénal*, II, p. 373, n. 4, en partant de Cicéron, *Pro Caelio*, 29, 70). » Sur la loi Julia, qui est la loi Julia *de vi* de César ou d'Auguste, mais plutôt, croyons-nous, d'Auguste, voy. aussi Mommsen, p. 655, 2 (II, p. 374, 2) et surtout Cuq, *Les trois lois judiciaires publicorum et privatorum* (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXXIV (1913), pp. 295-372), pp. 322 et sqq. Cf. *Infra*, c. XIV, § 18.

[3] *Supra*, p. 256.

fait dans le texte des Institutes. Notons qu'à la place de la conjonction disjonctive *vel* on attendait plutôt *et*. La question n'a d'ailleurs pas grande importance.

Notre conclusion est donc la suivante :

Il n'existait dans les Douze Tables aucun précepte prohibant l'usucapion des choses volées [1]. Cette prohibition n'a été établie, et pour les *res subreptae* seules, que par la loi Atinia. Mais, vers le premier siècle de l'Empire, — en tout cas, à une époque où la jurisprudence avait étendu à toutes les *res furtivae* la prohibition de la loi Atinia, — une tradition s'est formée qui incorporait cette prohibition dans les Douze Tables. De là les contradictions et les variations des textes; de là leurs incertitudes sur l'objet propre du prétendu précepte décemviral; de là l'embarras qu'ils éprouvent à constater un double emploi aussi flagrant : car la tradition nouvelle, tardivement formée, n'a pas aboli le souvenir de la loi Atinia; ce souvenir subsiste dans certaines sources (peut-être dans celles qui n'ont pas subi l'influence sabinienne ?). Paul ne connaît que la loi Atinia, et Justinien, ne sachant comment choisir entre des informations disparates, retouche le témoignage de Gaius, peut-être aussi celui de Julien, pour y insérer la loi Atinia à côté des Douze Tables.

Ainsi se résolvent des difficultés presque inextricables : la disposition des Douze Tables rendant imprescriptibles les choses volées n'est qu'une anticipation légendaire de la disposition identique de la

[1] Bien entendu, on ne nous objectera pas (Cf. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 287, n. 15) certains textes, dus à des annalistes romains, qui paraîtraient admettre l'existence à une époque reculée, et même avant les Douze Tables, du précepte prohibant l'usucapion des choses volées. Ces textes, on le sait, sont composés avec des matériaux récents. C'est le cas, par exemple, pour ceux qui concernent le célèbre épisode de Virginie et d'Appius Claudius. Le client d'Appius Claudius revendiquait la jeune fille : il disait « puellam domi suae natam furtoque in domo Virginii translatam, suppositam ei esse » (Liv., 3, 44, 9). Le *furtum* en question remontait à quinze ou vingt ans en arrière, puisque Virginie est qualifiée de *virgo adulta;* au moment du procès, les dix premières Tables venaient à peine d'être votées (Liv., 3,34, 6), et les deux dernières ne l'étaient pas encore (Liv., 3, 57, 10). Il faudrait donc supposer, à s'en tenir au récit de Tite Live, ou bien que les Douze Tables auraient consacré une règle coutumière préexistante, ou bien qu'elles auraient admis l'application rétroactive de leur disposition sur les *res furtivae*. Mais, visiblement, les traits de l'anecdote sont rajeunis. Ceci est très généralement admis. Girard, *l'Histoire des XII Tables. Nlle Rev. Hist.*, XXVI (1902), pp. 396-397, et *Mélanges de droit romain*, I, pp. 20-21.

loi Atinia[1]. L'affirmation paraîtra sans doute audacieuse ; nul auteur ne l'a formulée ; nous la croyons cependant solidement fondée, et peut-être certains de nos devanciers ont-ils été tout près de l'admettre[2].

[1] Il y a donc là un de ces préceptes dont parle M. Gradenwitz (dans Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], p. 15) : « Plane quae traduntur XII Tabularum reliquiae non omnes ex tab. originem ducunt ». Il y a plus d'un exemple de pareilles anticipations. Voy. sur ce point l'énumération de Voigt, *XII Tafeln*, I, pp. 79-80 (dont tous les exemples ne sont pas également probants).

[2] Nous pensons notamment à M. Gandolfo, *l. c.*, p. 161, n. 1. Il admet que la prohibition d'usucaper les *res furtivae* figurait dans les Douze Tables, mais il l'admet en des termes tels qu'on ne peut s'empêcher de croire qu'il ait été effleuré par un doute : « Ammesso pero (e non e dubbio) che la legge decemvirale contenesse già il divieto in questione, resta sempre l'altra questione se essa per la prima volta l'abbia posto, o invece l'abbia trovato già nelle consuetudini antiche e, come di solito, accolto », etc.

CHAPITRE VII

LA CHASSE AU VOLEUR VERS LE DÉBUT DU VIIe SIÈCLE U. C

§ 1. L'anecdote de Tremellius Scropha. Sa date. — § 2. La légende d'Hercule et de Cacus. — § 3. La version primitive. — § 4. La deuxième version. — § 5. La légende chez les auteurs classiques. Tite Live. — § 6. Virgile. — § 7. Properce. Ovide. — § 8. Denys d'Halicarnasse.

Vers la fin du VIe siècle, les Romains pratiquaient encore, au moins pour les vols de bétail, les vieux rites de la « chasse au voleur ». C'était la procédure extrajudiciaire qui servait à découvrir le voleur, à le convaincre et à le châtier. Le volé suivait le voleur à la piste, comme une bête malfaisante, et, s'il découvrait son repaire, il l'y forçait par la *quaestio lance licioque*. C'est à cette chasse que se rapportent l'anecdote de Tremellius Scropha, qui se localise vers la fin du VIe siècle, et la légende du brigand Cacus, dont il nous est parvenu des versions remontant au début du VIIe siècle.

1

L'historiette de Tremellius Scropha est narrée par Macrobe, dans le livre premier de ses *Saturnales* :

Tremellius vero Scropha cognominatus est eventu tali. Is Tremellius cum familia atque liberis in villa erat. Servi eius, cum de vicino scropha erraret, subreptam conficiunt. Vicinus advocatis custodibus omnia circumvenit, nequa efferri possit : isque ad dominum appellat restitui sibi pecudem. Tremellius qui ex vilico rem comperisset, scrophae cadaver sub centonibus collocat, super quos uxor cubabat. Quaestionem vicino permittit. Cum ventum est ad cubiculum, verba iurationis concipit : nullam esse in villa sua scropham, « nisi istam, inquit, quae in centonibus iacet », lectulum

monstrat. Ea facetissima iuratio Tremellio Scrophae cognomentum dedit[1].

Il s'agit, comme on le voit, d'une poursuite exercée contre un voleur, et terminée par une visite domiciliaire. « Le voisin qui cherche sa truie est arrivé sans doute à la maison de Tremellius en suivant la trace de ses pas, *vestigium minans*, comme dans la loi Salique... Dans tous les cas, il n'est point seul, il a avec lui d'autres voisins qui lui font escorte[2]. » Ces voisins sont désignés par le nom d'*advocati*. Mais ils sont plus que des témoins au sens moderne du mot : « ce ne sont pas de simples spectateurs ; au besoin ils prêteraient main-forte : ce sont des gardes, *custodes*. Ils cernent la maison[3],

[1] Macr., *Sat.*, I, 6, 30. Nous avons suivi l'édition Eyssenhardt (Lipsiae, 1868). Sur ce passage, voy. Esmein, *la Poursuite du vol et le serment purgatoire. Mélanges d'histoire du droit et de critique* (Droit romain), 1886, pp. 233-244.

[2] Nous empruntons en grande partie l'analyse de ce texte à M. Esmein, *l° c°*, pp. 238-239.

[3] Rapprochons ici le texte de Macrobe d'un passage d'Aristophane qui semble avoir échappé, — chose surprenante, — à tous les historiens du droit grec, et même à M. Glotz : c'est le monologue attribué à Euripide dans la dispute engagée aux enfers entre ce poète et Eschyle *(Ranae*, v. 1343 et sqq.) : « Glyké m'a ravi mon coq et s'est enfuie. O Nymphes, filles des montagnes, ô Mania, arrêtez-la !.. Mais vous, ô Crétois, enfants de l'Ida, prenez vos arcs, secourez-moi ; jouez des jambes, cernez la maison. En même temps, vierge protectrice des chasseurs, belle Artémis, viens accompagnée de tes chiens, parcours toute la demeure. Et toi, fille de Zeus, portant une double torche dans tes mains agiles, Hécate, éclaire-moi chez Glyké, que j'y entre pour y perquisitionner. »

Τὸν ἀλεκτρυόνα μου συναρπάσασα
φρούδη, Γλύκη.
Νύμφαι ὀρεσσίγονοι,
ὦ Μανία, ξύλλαβε.....
Ἀλλ', ὦ Κρῆτες, Ἴδας τέκνα,
τὰ τόξα λαβόντες ἐπαμύνατε,
τὰ κῶλά τ' ἀμπάλλετε, κυκλούμενοι τὴν οἰκίαν.
Ἅμα δὲ Δίκτυννα παῖς
Ἄρτεμις καλὰ
τὰς κυνίσκας ἔχουσ' ἐλθέτω διὰ δόμων πανταχῆ.
Σὺ δ', ὦ Διός, διπόρους ἀνέχουσα
λαμπάδας ὀξυτάταιν χεροῖν, Ἑκάτα, παράσχηνον
ἐς Γλύκης, ὅπως ἂν
εἰσελθοῦσα ῥωράσω.

La poursuite du vol est encore une chasse, à laquelle préside Artémis, et qui s'accomplit avec le concours des voisins et des amis du volé. La troupe armée cerne la maison. La perquisition domiciliaire s'effectue ensuite. Les torches sont-elles un instrument nécessaire du rituel? — Le même motif se retrouve dans les Ἰχνευταί de Sophocle (*Supra*, p. 180, n. 3).

occupant toutes les issues par où on pourrait faire sortir l'animal volé. Ces précautions étant prises, le poursuivant s'adresse au maître de la maison et requiert, sans doute par une formule solennelle, la restitution de la bête (*appellat ad dominum restitui sibi pecudem*) ou le libre accès pour procéder à la perquisition. Tremellius laisse alors celle-ci s'accomplir, mais la fait échouer par un stratagème. Arrivé au seuil du *cubiculum*, le voisin s'arrête dans sa recherche. Sans doute la loi lui interdit de pénétrer plus avant. Mais le maître de la maison est obligé de jurer, dans une formule solennelle, que la chose cherchée n'est pas là [1]. Tremellius met d'accord sa conscience et son intérêt en prononçant une formule ambigüe qui, pour les poursuivants, contient sa justification accompagnée d'une grossière plaisanterie, mais qui, pour lui, exprime l'exacte vérité. Montrant les couvertures sur lesquelles on voit sa femme étendue, mais sous lesquelles gît le corps de la truie qu'on ne voit pas : Je jure, dit-il, qu'il n'y a pas ici d'autre truie que celle-ci. »

Le temps où se place cette anecdote peut se déterminer avec beaucoup de vraisemblance : c'est la fin du VIe siècle. On a, il est vrai, donné des dates plus récentes, mais sans raisons sérieuses, et en attribuant un peu au hasard le trait rapporté par Macrobe à l'un quelconque des Tremellii Scrophae dont fait mention l'histoire [2]. Il a existé en effet plusieurs Tremellii Scrophae notoires ; le plus connu est le célèbre agronome Cn. Tremellius Scropha, ami de Varron, qui fut avec ce dernier *vigintivir ad agros dividendos Campanos* en l'an 695 (= 59 av. J.-Chr.) [3], et qui composa un traité d'économie rurale utilisé non seulement par Varron, mais aussi par Columelle [4]

[1] *Verba iurationis concipere*. Voy. le rapprochement qu'imagine Schlossmann, *Litis contestatio*, Leipzig, 1905, p. 195, entre le *furtum conceptum* et le *furtum* qui a fait l'objet d'une perquisition accompagnée de paroles solennelles (*conceptis verbis*).

[2] C'est le cas pour Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 570, 13 (citant à tort l'*Onomasticon Tullianum*, éd. Orelli et Baiter, II, p. 594) : il attribue notre anecdote au *Tremellius Scropha* qui fut tribun militaire en 680 (Orelli et Baiter, l'attribuant, comme nous, au *Tremellius Scropha* qui fut questeur de Lepidus Newa.

[3] Varro, *De re rust.*, I, 2, 10. Sur Tremellius Scropha l'agronome, voy. Bartenstein, *De scriptorum rei rusticae libris deperditis*, Berlin, 1884, p. 42. Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2[2], pp. XII, 445, 503 et 526.

[4] Colum., II, 1, 2.

et Pline[1]. L'existence de ces *Tremellii Scrophae*, à une époque où depuis longtemps les *cognomina* étaient héréditaires[2], ne peut, au point de vue chronologique, être invoquée que dans un sens, pour fixer à la mort du plus ancien d'entre eux un terme extrême avant lequel notre anecdote se place nécessairement. Le plus ancien des Tremellii Scrophae doit être, croyons-nous, le grand-père de l'agronome, qui fut questeur du préteur A. Licinius Nerva en Macédoine. Et c'est l'agronome lui-même qui raconta à Varron, de qui nous tenons le renseignement[3], que son grand-père avait été le premier de sa famille qui portât le surnom de Scropha. Il est vrai qu'il faisait à sa façon l'histoire de ce surnom. Il racontait que son grand-père, pendant sa questure (587 = 162)[4], aurait annoncé, un jour d'alerte, qu'il disperserait les ennemis « ut scrofa porcos », et aurait tenu parole. Mais cette explication, toute empreinte de piété familiale[5], et où se marque trop naïvement le souci d'expliquer d'une manière honorable un surnom malsonnant[6], nous paraît *a priori* plus sujette à caution que l'historiette scabreuse de Macrobe. Nous nous garderons de placer cette dernière à la date précise de 587 ; mais nous n'hésiterons pas à la situer pendant la vie de l'homme qui, au témoignage de son petit-fils, a été le premier Tremellius portant

[1] Plin., *H. N.*, *Index* des livres XI, XIV, XV, XVII et XVIII.

[2] Puisque, dès le vi^e siècle, les diverses branches d'une même *gens* se distinguent déjà par leur *cognomen* Ex. : les *Cornelii Scipiones*, les *Cornelii Cethegi*, les *Cornelii Balbi*, etc.

[3] Varro, *De R. R.*, II, 4, 1 : Cui Tremellius, « Ignorare, inquit, videre, cur appeller Scrofa. Itaque ut etiam hi propter te sciant, cognosce meam gentem suillum cognomen non habere, nec me esse ab Eumaeo ortum. *Avus meus primum appellatus est Scrofa*, qui quaestor cum esset Licinio Nervae praetori in Macedonia provincia relictus [esset], qui praeesset exercitui, dum praetor rediret, hostes, arbitrati occasionem se habere victoriae, impressionem facere cœperunt in castra. Avos, cum cohortaretur milites ut caperent arma atque exirent contra, dixit celeriter se illos, ut scrofa porcos, disiecturum, id quod fecit. Nam eo praelio hostes ita fudit ac fugavit, ut eo Nerva praetor imperator sit appellatus, avus cognomen invenerit ut diceretur Scrofa. *Itaque proavos ac superiores de Tremelliis nemo appellatus Scrofa*, nec minus septimus sum deinceps praetorius in gente nostra. »

[4] Liv., 45, 44, 11, place en 587 la préture d'A. Licinius Nerva. Orelli et Baiter la placent en 612, sans justifier aucunement cette date.

[5] Notons p. ex. les passages : nec me esse ab Eumaeo ortum...; nec minus septimus sum deinceps praetorius in gente nostra...

[6] Macrobe estime que le surnom *Scropha* est « contumeliae quam honori propius » (*Sat.*, I, 6, 28).

le *cognomen* de Scropha. Et comme cet homme était déjà questeur en 587, ce qui suppose qu'il avait atteint à cette époque l'âge minimum de vingt-huit à trente ans[1], nous admettrons que la perquisition dont il fut le héros eut lieu approximativement vers les vingt dernières années du VIe siècle.

Il est malheureusement impossible de savoir chez quel auteur Macrobe a trouvé l'anecdote qu'il nous a transmise[2]. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il ne l'a pas trouvée chez Varron, puisque celui-ci explique tout autrement que lui les origines du *cognomen* Scropha.

2

La légende du brigand Cacus[3], bien qu'intimement liée par les annalistes aux origines de la cité, n'est pas proprement romaine. On la rencontre hors de Rome. Les Grecs[4] et les Hindous eux-mêmes[5] racontaient l'aventure du héros qui venge le vol du bétail commis à sa garde par le meurtre du voleur. C'est là un des motifs favoris du folk-lore commun aux peuples indo-européens. Dans la biographie légendaire d'Hercule, le même épisode se répète plusieurs fois[6]. Près de Crotone, Hercule tue Lakinios qui lui avait

[1] Normalement, il faut, à cette époque, avoir vingt-huit ans pour pouvoir aspirer à la questure (MOMMSEN, *Droit public romain*, trad. P. F. GIRARD, II, pp. 156-158; p. 225). Notons que la questure de Tremellius Scropha est postérieure à la loi Villia de 574 (= 180) qui créa le *certus ordo magistratuum* (MOMMSEN, II, p. 184 et sqq.).

[2] Sur les sources de MACROBE, voy. TEUFFEL-KROLL-SKUTSCH, *Geschichte der römischen Literatur*, III^5, 1913, pp. 384-385.

[3] Sur cette légende voy. notamment PREUNER, *Römische Mythologie*^4, éd. JORDAN, II, p. 280; BRÉAL, *Hercule et Cacus, étude de mythologie comparée*, Paris 1863; DE ROSCHEID, v° *Cacus*, dans le *Dictionnaire* de DAREMBERG et SAGLIO, I, 2, pp. 773-775; R. PETER, v° *Hercules*, dans ROSCHER, *Ausführliches Lexikon der griechischen und römischen Mythologie*, I, 2 (c. 2253-2298), c. 2270-2290; GABRIELE WISTER, *The Myth of Hercules at Rome*, *University of Michigan Studies Humanistic Series*, IV (1910), pp. 171 et sqq.; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*[1] (*Handbuch* d. I. VON MÜLLER, V, 4, § 41, et la bibliographie qu'il cite).

[4] BRÉAL, pp. 64 et sqq.

[5] BRÉAL, pp. 87 et sqq. et p. 93, a démontré l'identité de la légende d'Hercule et de Cacus avec la légende d'Indra et de Vritra. Indra est le berger d'un troupeau de vaches célestes de couleur éclatante. Vritra, monstre à trois têtes, à forme de serpent, attire le troupeau à lui et l'enferme dans son antre. Indra, s'apercevant de la fraude, poursuit le brigand, force l'entrée de sa caverne, le frappe des coups répétés de sa foudre, et ramène au ciel les vaches, dont le lait tombe à flots sur la terre. R. PETER, v° *Hercules*, I, c. 2279.

[6] PAIS, *Storia di Roma*, I, p. 153.

dérobé des bœufs[1] ; à Motye[2] ou à Eryx[3], en Sicile, il tue d'autres brigands pour le même grief ; de même encore à Soli, en Cilicie[4] ; de même chez les Ligures, où il met à mort Ialebion et Derkynos[5] ; de même enfin à Rome, où il triomphe de Cacus[6]. Nous n'avons pas à étudier quels rapports de filiation unissent les unes aux autres ces diverses versions d'une même fable ; nous n'avons pas non plus à lui chercher une interprétation mythique, si tant est qu'elle en comporte une[7]. Il nous suffira de la considérer au point de vue de l'histoire du droit romain. Bien que l'anecdote présente, dans tous les milieux, des traits généraux assez uniformes, — ce qui prouve que la « chasse au voleur » correspond à des pratiques répandues chez tous les Indo-Européens, et probablement antérieures à l'époque des grandes migrations, — chacune de ses versions locales revêt des formes juridiques distinctes, nécessitées par l'adaptation du motif à un droit particulier. Toute la question est de savoir, pour une version donnée, comment elle se localise dans le temps et dans l'espace. Cela est souvent difficile : ces légendes anonymes échappent ordinairement à toute localisation. Cependant, pour l'histoire d'Hercule et Cacus, nous sommes particulièrement favorisés : nous en possédons en effet un récit qui cite ses sources.

[1] Diod., IV, 24, 7 : Ὁ δ' Ἡρακλῆς μετὰ τῶν βοῶν περαιωθεὶς εἰς τὴν Ἰταλίαν, προῆγε διὰ τῆς παραλίας, καὶ Λακίνιον μὲν κλέπτοντα τῶν βοῶν ἀνεῖλε.

[2] Stephan. Byzant., v° Μοτύη. Éd. Dindorf, 1825, I, p. 302 (d'après Hécatée de Milet).

[3] Cette version, rapportée par [Apollodore], *Biblioth.*, II, 110-111 (II, 5, 10, 9-10) (dans *Mythogr. graeci*, Lipsiae, 1894, I, éd. R. Wagner, p. 84) est peut-être la plus intéressante : Ἀπὸ Ῥηγίου δὲ εἷς ἀπορρήγνυσι ταῦρος, καὶ ταχέως εἰς τὴν θάλασσαν ἐμπεσὼν καὶ διανηξάμενος <εἰς> Σικελίαν, καὶ τὴν πλησίον χώραν διελθὼν, ἦλθεν εἰς πεδίον Ἔρυκος, ὃς ἐβασίλευεν Ἐλύμων. Ἔρυξ δὲ ἦν Ποσειδῶνος παῖς, ὃς τὸν ταῦρον ταῖς ἰδίαις συγκατέμιξεν ἀγέλαις. Παραθέμενος οὖν τὰς βόας Ἡρακλῆς Ἡφαίστῳ ἐπὶ τὴν αὐτοῦ ζήτησιν ἠπείγετο · εὑρὼν δὲ ἐν ταῖς τοῦ Ἔρυκος ἀγέλαις, λέγοντος οὐ δώσειν ἂν μὴ παλαίσας αὐτοῦ περιγένηται, τρὶς περιγενόμενος κατὰ τὴν πάλην ἀπέκτεινε, καὶ τὸν ταῦρον λαβὼν μετὰ τῶν ἄλλων ἐπὶ τὸν Ἰόνιον ἤλαυνε πόντον.

[4] Steph. Byz., v° Σολοῦς, éd. Dindorf, I, p. 386.

[5] [Apoll.], *Bibl*,, II, 109 (II, 5, 10, 8), éd. Wagner, I, p. 84.

[6] On trouvera une bonne analyse des diverses versions de la légende de Cacus dans le mémoire de G. Minervini, *Vaso di bronzo rivenuto in S. Maria di Capua. (Annali dell'Instituto di corrispondenza archeologica*, XXIII (1851), pp. 36-59), pp. 42 et sqq.

[7] Cette recherche fait l'objet propre de la thèse précitée de Mr Bréal. Celui-ci, usant d'une méthode un peu discréditée aujourd'hui, voit, dans l'anecdote d'Hercule et Cacus, la traduction d'un mythe solaire.

C'est le récit que fournit la petite monographie intitulée *Origo gentis romanae*, qui passait autrefois pour être de Sextus Aurelius Victor, et qu'on s'accorde à attribuer aujourd'hui à un auteur inconnu du IVe siècle de notre ère[1]. L'aventure de Cacus occupe les chapitres 6 et 7 de cet opuscule.

6. Eo (*sc.* Fauno) regnante forte Recaranus quidam, Graecae originis, ingentis corporis et magnarum virium pastor, qui erat forma et virtute ceteris antecellens, Hercules appellatus, eodem venit. Cumque armenta eius circa flumen Albulam pascerentur, Cacus Evandri servus, nequitiae versutus et praeter cetera furacissimus, Recarani hospitis boves surripuit ac, ne quod esset indicium, aversas in speluncam attraxit. Cumque Recaranus vicinis regionibus peragratis scrutatisque omnibus eiuscemodi latebris desperasset inventurum, utcumque aequo animo dispendium ferens, excedere his finibus constituerat. At vero Evander, excellentissimae iustitiae vir, postquam rem, uti acta erat, comperit, servum noxae dedit bovesque restitui fecit. Tum Recaranus sub Aventino Inventori Patri aram dedicavit appellavitque Maximam, et apud eam decimam sui pecoris profanavit...

7. Haec Cassius libro primo. At vero in libris Pontificalium traditur Hercules, Iove atque Alcmena genitus, superato Geryone, agens nobile armentum, cupidus eius generis boves in Graecia instituendi, forte in ea loca venisse et ubertate pabuli delectatus, ut ex longo itinere homines sui et pecora reficerentur, aliquamdiu sedem ibi constituisse. Quae cum in valle, ubi nunc est circus maximus, pascerentur, neglecta custodia, quod nemo credebatur ausurus violare Herculis praedam, latronem quendam regionis eiusdem, magnitudine corporis et virtute ceteris praevalentem, octo boves in speluncam, quo minus furtum vestigiis colligi posset, caudis abstraxisse. Cumque inde Hercules proficiscens reliquum armentum casu praeter eandem speluncam ageret, forte quadam inclusas boves transeuntibus admugisse atque ita furtum detectum;

[1] PICHLMAYR, Préface de son édition de SEXT. AURELIUS VICTOR (SEXTI AURELII VICTORIS *liber de Caesaribus*..., rec. FR. PICHLMAYR, Lipsiae, 1911); SEYFFERT, *Authenticity and sources of the Origo gentis Romanae* (*University Studies published in the University of Cincinnati*, 1910); H. PETER, *Die Schrift Origo gentis Romanae* (*Berichte ueber die Verhandlungen der k. sachs. Gesellsch. der Wiss. Ph.-h. Kl.*, LXIV, 1912, pp. 70-165), pp. 103 et sqq.

interfectoque Caco Evandrum re comperta hospiti obviam ivisse gratantem... Quam opinionem sequi metuit (maluit?) noster Maro[1].

3

Ce texte relate deux versions de la légende qui diffèrent sensiblement l'une de l'autre.

1° La première a pour auteur l'historien L. Cassius Hemina, qui l'avait accueillie dans le premier livre de ses *Annales* (= Haec Cassius libro primo[2]). Les Annales de Cassius Hemina datent d'une époque intermédiaire entre la fin de la troisième guerre punique (605 = 149[3]) et la publication des trois premiers livres des *Origines* de Caton (au plus tôt 586 = 168[4]). Notre première version a donc pris corps dans les dernières années du VIe siècle U. C.

D'après Cassius Hemina, le vainqueur du brigand est un certain Recaranus, Grec d'origine, berger d'une taille gigantesque, que sa belle stature et la supériorité de son courage avaient fait appeler Hercule[5]. Il a reçu, avec son troupeau, l'hospitalité d'Evandre, et c'est un esclave de son hôte qui lui dérobe ses bœufs et les cache dans une caverne. Cet esclave, nommé Cacus, se distinguait,

[1] L'*Origo gentis romanae* est publiée notamment par Mr Pichlmayr en tête de son édition de S. Aurelius Victor, et par Mr H. Peter, à la fin du mémoire précité. Nous avons reproduit le texte de Pichlmayr.

[2] L'authenticité des références données par l'auteur de l'*Origo* est généralement admise. Cependant Mr H. Peter, reprenant une thèse autrefois défendue par Jordan, vient de soutenir (*l° c°*, notamment p. 87 et sqq.) que ces références sont fausses, l'auteur ayant souvent dissimulé ses véritables sources, et leur en ayant substitué d'autres, inventées par lui de toutes pièces. C'est sans doute pour cette raison que Mr Peter a omis notre texte dans son recueil des fragments de Cassius Hemina (Voy. les fragments du livre I des *Annales* dans les *Veterum historicorum romanorum reliquiae*, Lipsiae, I, 1870, pp. 95-98, et dans les *Historicorum romanorum fragmenta*, 1883, pp. 68-70). Cependant Mr Peter est moins radical que Jordan, pour qui l'*Origo* elle-même était dépourvue de toute valeur : il croit que les matériaux en sont bons, qu'ils comprennent beaucoup de *Verriana* et de *Varroniana*, et qu'ils remontent dans l'ensemble à l'époque d'Auguste (pp. 72; 123). Aussi, l'hypothèse de Mr H. Peter dut-elle être tenue pour valable, notre localisation de la légende de Cacus vers la première moitié du VIIe siècle U. C. n'en resterait pas moins vraisemblable.

[3] Schanz, *Gesch. der röm. Litt.*, I, 1[3], p. 267. Dubitatif H. Peter, *Reliquiae*, I, pp. CLXVIII-CLXIX.

[4] Schanz, I, 1[3], p. 257 : le deuxième livre des *Origines* a été écrit vers 586 = 168.

[5] Nous empruntons quelques expressions à Mr Bréal, p. 59.

paraît-il, par sa rouerie et son aptitude au vol[1]. Il le fait bien voir ici. Il use, pour dissimuler son larcin, d'une ruse naïve et subtile à la fois, bien conforme à ce que nous savons des mœurs primitives. Cacus devait prévoir la poursuite de Recaranus. Sans doute celui-ci, dès qu'il aurait constaté la disparition de ses bœufs, allait suivre leurs traces; sans doute aussi, avec cette perspicacité et ce flair presque infaillibles dont font preuve les chercheurs de pistes, il les aurait bientôt retrouvés, et il se vengerait. Il fallait donc, avant tout, lui faire perdre la trace. Dépister le poursuivant, c'est toujours, dans les contes populaires, la grande préoccupation du voleur. Ainsi, d'après Antoninus Liberalis, lorsque Hermes eut dérobé les bœufs d'Apollon, il leur attacha à la queue des branchages traînant jusqu'à terre, de façon à effacer leur piste[2]. Cacus use ici d'un autre expédient, également ingénieux, et également employé par Hermès, à en croire une autre version de la légende[3] : il fait entrer les bœufs à reculons dans la caverne[4]. Hercule, trompé par le stratagème, et ne s'avisant point de suivre la piste à l'envers, ne peut, malgré ses démarches et ses recherches, retrouver son bien. Désespérant d'y parvenir, il va quitter le pays, quand Evandre intervient. Evandre ouvre une enquête et découvre

[1] Nous traduisons ainsi *furacissimus*. Il est probable en effet que cette épithète n'était pas appliquée en mauvaise part à Cacus. Cf. Hygin., *Fabul.*, 201 : Mercurius Autolyco, ex Chione, quem præcaverat, numeri fecit, ut furacissimus esset, nec deprehenderetur in furto. — Esmein, *Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains*. N° *Rev. Hist. de droit*, XXV (1901), p. 135. Cf. Ovid., *Met.*, XI, 313; *Fast.*, VI, 433.

[2] Anton. Liberalis, *Metam.*, 33, 3 (Bonn.). Ed. Martini, dans *Mythogr. graeci*, II, 1 (1896), p. 101. Cf. *Hymne à Hermès*, vv. 83-85.

[3] *Hymne à Hermès*, vv. 74-78 :

Ἡ μὲν ἄρ' ἐν σπήλαιον ἐς ἠνεμόεντα γεγηθὼς
ἔγκε' ἀποστρέψασα· βοῶν δ' ἐν νήματι θῆρας
ἀστρεφὲς ἀμφήριστον ἐπ' ἀντία βήσατο βήσας,
τοὺς δ' ἀπὸ τοῦ σπήλαιον ἐρύσσατο, κοῦφα δ' ἔπεσκε
ἀμφὶς ἐπ' ἀλλήλοισι πόδας, κεφαλὰς δ' ἐπὶ κόμβου

Cf. vv. 209-210 :

Ἑρμείας δ' ἐπὶ κόμβου ἐπ' ἀλλήλοισι βάλεν
Ἑλίκεσσι δ' ἀνέστρεψεν, κεφαλὰς δ' ἔχεν ἀντία βαίνων.

Adde v. 221, vv. 342 et sqq.

[4] *Mythogr.*, III, 13 (*De Hercule*), 1 (Mai, *Classicorum auctorum e Vaticanis codicibus editorum*, t. III, Romae, 1831, p. 271) : Idem etiam subterraneus bovem transversis ducit vestigiis, quia per avia abducentem furta. On a cherché à la ruse de Cacus diverses significations symboliques. Voy. déjà Preller, *Mythol.*, II, 9, 12 surtout aujourd'hui Bréal, *op. cit.*, p. 111-112. Nous n'y voyons, quant à nous, qu'un trait des mœurs primitives, se rapportant à la suite à la trace du voleur.

le coupable. Il en fait abandon noxal à Recaranus[1], et restitue à celui-ci ses bœufs. C'est à la suite de cette aventure que Recaranus élève sur l'Aventin un autel à Jupiter Inventor[2], c'est-à-dire au dieu qui retrouve les choses volées : sans doute accomplit-il un vœu qu'il avait formé au temps de ses recherches[3].

Ainsi, dans cette version, les investigations du volé sont demeurées infructueuses; le vol est un *furtum nec manifestum;* le maître du voleur se libère par l'abandon noxal.

C'est là, sans doute, la version proprement romaine[4], la plus sûre, celle qu'adoptaient les historiens et les philologues. Servius l'atteste (In Verg., *Æneid.*, VIII, 190) :

Suspensam hanc aspice rupem]. Cacus secundum fabulam Vulcani filius fuit, ore ignem ac fumum vomens, qui vicina omnia populabatur. Veritas tamen secundum philologos et historicos hoc habet, hunc fuisse Evandri nequissimum servum ac furem[5].

Verrius Flaccus, nous apprend aussi Servius, avait suivi une version analogue. Son héros était également un pâtre du nom de Garanus :

Sane de Caco interempto ab Hercule tam Graeci quam Romani consentiunt; solus Verrius Flaccus dicit Garanum fuisse pastorem

[1] *Servum noxae dedit.* De là peut-être le supplice servile infligé à Cacus dans un monument figuré. Cf. Minervini, *l° c°*, pp. 40 et 52, et tab. A; et Cavedoni, *Bulletino dell'Instituto di corrispondenza archeologica*, 1852, pp. 139-140.

[2] Ζεὺς Εὑρέσιος : Dionys., I, 39; *Pater inventor :* Solin., I, 7.

[3] Solin., I, 7, p. 7, éd. Mommsen : Aram Hercules, quam voverat, si amissas boves repperisset, punito Caco patri Inventori dicavit.

[4] Nous repoussons donc l'hypothèse de Garrett Winter, pour qui Cacus aurait été dès l'origine un démon italiote du volcanisme, à qui l'on a fait une place dans le cycle mythique d'Héraklès quand le culte grec de ce dieu a pénétré à Rome.

[5] Servius, éd. Thilo et Hagen, II, p. 227. Cf. (sans doute d'après Servius) le mythographe du Vatican n° I (ve siècle : Mai, p. vii), édité par Mai (*Classicorum auctorum e Vaticanis codicibus editorum*, t. III, Romae, 1831), I, 66, p. 26 : Cacus filius Vulcani fuit ignem ore vomens, qui vicina omnia populabatur; quem Hercules occidit. Secundum veritatem fuit Evandri servus pessimus et fur; et ideo Cacus dicitur, quod graece malum sonat. Ignem ore vomere dicitur, quia agros igne vastabat. *Mythogr.*, II (Lactantius Placidus? Mai, pp. vii-viii), 153, p. 368 : Dicitur autem ideo Cacus filius fuisse Vulcani, ore ignem et fumum evomens, quia omnia vicina igne populabatur. Veritas tamen habet, hunc fuisse Evandri nequissimum furem. Novimus enim κακὸν a Graecis malum dici. Ignem autem dictus est vomere, quod agros igne populabatur. *Mythogr.*, III (ix^e-xe s.? Mai, pp. xii et sqq.), 13 (*De Hercule*), § 1 *in fine* (reproduisant presque textuellement Servius, qu'il cite).

magnarum virium, qui Cacum adflixit, omnes autem magnarum virium apud veteres Hercules dictos[1].

Il est probable que le Garanus de Verrius Flaccus doit s'identifier avec le Recaranus de Cassius Hemina[2].

4

2° A cette première version s'en oppose une seconde, beaucoup plus complexe, surchargée d'éléments étrangers[3], et qui présente en termes très différents la question de droit. Cette seconde version provient, dit l'*Origo gentis romanae*, des *Libri pontificalium*.

De quels *libri pontificalium* ? Nous croyons, avec M. Schanz[4], que c'est de l'ouvrage qu'avait écrit sous ce titre un auteur du nom de Veranius, qui vivait vers la fin de la République[5], et à qui Verrius Flaccus avait emprunté l'explication de nombreux termes techniques de la langue religieuse[6]. Ce qui rend cette attribution vraisemblable, c'est que nous savons, d'autre part, par Macrobe[7], que Veranius traitait, dans ses *libri pontificalium*, des rites institués par Hercule pour le culte qu'il fonda après avoir retrouvé son bétail volé, et qu'il rapportait à ce propos une historiette que reproduit aussi l'*Origo gentis romanae*, immédiatement après le passage que nous étudions[8]. Sans doute doit-on lire, au début du c. 7 : *At Veranii in libris Pontificalium*.... au lieu de *At vero in libris Pontificalium*[9]... Mais Veranius n'avait pas

[1] Servius, *In* Verg., *En.*, VIII, 203, éd. Thilo et Hagen, II, p. 228.

[2] Voy. la démonstration de Bréal, *op. cit.*, p. 59. — Cf. Preller, v° *Hercules*, *l. c.*, cc. 2272-2273; Preller, *op. cit.*, I, p. 80; II, p. 283.

[3] Sur les influences littéraires grecques qui ont modifié la primitive légende de Cacus, voy. Preller, *op. cit.*, II, pp. 280-281.

[4] Schanz, *Gesch. der r. Litt.*, IV, 1, p. 59.

[5] C'est peut-être Q. Veranius, légat de Germanicus (Tac., *Ann.*, 2, 56). En ce sens Brumer, II, 1, p. 5. *Contra* Hirschfeld, *Wiener Studien*, 3 (1881), p. 110. Schanz, I, 2[2], p. 493.

[6] Reitzenstein, *Verranische Forschungen* (*Breslauer philol. Abhandlungen*, I, 4, 1887), pp. 47 et sqq. Voy. les fragments de Veranius dans Brumer, II, 1, pp. 5-9. Hirschfeld-Seckel-Kiessling, P., pp. 50-54; Funaioli, *Grammaticae rom. fragm.*, I, pp. 430-433.

[7] Macr., *Sat.*, 3, 6, 14.

[8] *Origo*, 8. C'est l'histoire de Pinarius, exclu par Hercule du sacrifice pour s'y être présenté en retard.

[9] Conjecture adoptée notamment par Jordan, dans *Hermes*, III, p. 399, et Peter, *Die Schrift Origo ...*, p. 98.

inventé lui-même sa version du conte de Cacus. Probablement il en avait emprunté tout ou partie à quelque écrivain antérieur. On peut penser à Fabius Pictor (non pas à Q. Fabius Pictor, le très ancien auteur des *Annales* écrites en grec, mais un autre Fabius Pictor, qui portait peut-être le prénom de Servius, qui a composé des *Annales* en latin et des *Libri iuris pontificii*, et qui vivait vers le début du VIIe siècle[1]) : Fabius Pictor avait, en effet, conté dans ses *Annales* les origines légendaires de Rome[2], et nous savons que Veranius s'était souvent inspiré de ses *Libri iuris pontificii*[3]. Ainsi la deuxième version de la légende de Cacus, rapportée par l'*Origo gentis romanae*, doit se localiser vers la même époque que la première[4].

Dans cette seconde version nous rencontrons des traits déjà connus : la soustraction des bœufs, la ruse employée par le voleur pour dépister le poursuivant, le succès momentané de cette ruse. Mais d'autres traits viennent donner à la légende une physionomie toute nouvelle. Le volé n'est autre que le demi-dieu Hercule, fils de Jupiter et d'Alcmène. Hercule, servi par le hasard, réussit à saisir Cacus sur le fait. Il découvre la cachette des bœufs, y pénètre et y rencontre son voleur : le vol est donc flagrant. Conformément aux vieilles traditions juridiques, Hercule tue immédiatement Cacus. Nous savons, en effet, que le volé peut tuer le voleur manifeste, au moins quand celui-ci se défend avec une arme. C'est le cas dans notre version : nous verrons que d'autres auteurs, s'inspirant de la même version, ont précisé ce dernier point.

[1] Peter, *Vet. historicorum rom. reliq.*, I, pp. CLXXVIII-CLXXXI ; Schanz, I, 1², p. 234.

[2] Voy. les fragments rassemblés par Peter, *Reliquiae*, I, pp. 109-110 : *Fragmenta*, p. 75.

[3] Voy. notamment les fr. 4 et 9 dans Peter, *Reliquiae*, I, pp. 112 et 113 ; cf. Bremer, I, pp. 9-12.

[4] Tout porte à croire que c'est vers cette époque que se sont cristallisées toutes les versions de la légende de Cacus. Car nous avons des traces d'une troisième version, rapportée par Denys d'Halicarnasse (I, 42), et dénuée d'intérêt juridique, qui a dû se former à peu près dans le même temps : en effet Solin (I, 7, éd. Mommsen, p. 7) attribue les principaux traits de cette version à l'historien Cn. Gellius, contemporain de Cassius Hemina (Schanz, I, 1², p. 274 ; Peter, *Reliquiae*, p. CCXXXX, et voy. le texte, p. 106 ; *Fragmenta*, p. 93) : « Cacus est un ambassadeur envoyé en Etrurie par le roi de Phrygie Marsyas. Mis en prison par Tarchon, roi des Tyrrhéniens, il trompe la surveillance de ses gardiens, s'en retourne en Asie, et revient avec des troupes s'emparer des bords du Vulturne et de la Campanie. C'est au

En effet, c'est cette seconde version qu'ont, en général, suivie les auteurs — historiens et poètes — qui ont plus tard raconté la légende de Cacus. L'*Origo gentis romanae* cite notamment Virgile (= *noster Maro*) comme s'étant inspiré de la tradition de Veranius[1]. Les poètes y ont d'ailleurs ajouté un grand nombre de détails merveilleux et d'épisodes fantastiques. Cacus devient un monstre à trois têtes, fils de Vulcain, gigantesque et d'aspect formidable, qui vomit des flammes et de la fumée. Une lutte terrible s'engage entre lui et Hercule, avant que ce dernier demeure vainqueur[2]. Nous nous contenterons de reproduire les parties principales de ces récits : nous y pourrons glaner encore, de-ci de-là, quelques détails juridiques.

5

Le récit de Tite-Live rappelle assez exactement celui de Veranius et doit se rattacher à la même source :

Herculem in ea loca, Geryone interempto, boves mira specie abegisse memorant, ac prope Tiberim fluvium, qua, prae se armentum agens, nando traiecerat, loco herbido, ut quiete et pabulo laeto reficeret boves, et ipsum fessum via procubuisse. Ibi quum eum, cibo vinoque gravatum, sopor oppressisset, pastor accola eius loci, nomine Cacus, ferox viribus, captus pulchritudine boum, quum avertere eam praedam vellet, quia si agendo armentum in speluncam compulisset, ipsa vestigia quaerentem dominum eo deductura erant, aversos boves, eximium quemque pulchritudine caudis in speluncam traxit. Hercules, ad primam auroram somno excitus quum gregem perlustrasset oculis, et partem abesse numero sensisset, pergit ad proximam speluncam, si forte eo vestigia ferrent. Quae ubi omnia foras versa vidit, nec in partem aliam ferre, con-

moment où il voulait ajouter à ses états le territoire concédé aux Arcadiens qui est tué par Hercule » Bréal, *op. cit.*, pp. 41-42. Peter, v° *Hercules*, l. c., c. 2370.

[1] Cela est également vrai, que l'on maintienne la leçon *metuit* des manuscrits, ou qu'on lui substitue, avec Schott (*Sex. Aurelii Victoris historiae Romanae breviarium*, Anvers, 1579), la leçon *malunt*. Car les mots *quam opinantes* peuvent ne se référer qu'aux derniers détails de la tradition, omis en effet par Virgile.

[2] Bréal, *op. cit.*, p. 49. Notons aussi la tradition d'après laquelle c'est une sœur de Cacus qui aurait révélé la retraite de son frère (Lactance, I, 20, 36; Servius, *Mythogr. lat.*, éd. Mai, l. c., II, 153, p. 368; III, 13, 1) : elle obtint au contraire un temple où brûlait en son honneur, comme pour Vesta, un feu éternel. R. Peter, v° *Hercules*, l. c., c. 2371.

fusus atque incertus animi, ex loco infesto agere porro armentum occepit. Inde quum actae boves quaedam ad desiderium, ut fit, relictarum, mugissent, reddita inclusarum ex spelunca boum vox Herculem convertit. Quem quum vadentem ad speluncam Cacus vi prohibere conatus esset, ictus clava, fidem pastorum nequicquam invocans, morte occubuit[1].

Notons seulement deux points dans ce récit : il mentionne expressément qu'Hercule s'est efforcé de suivre à la piste le bétail volé *(: pergit ad proximam speluncam, si forte eo vestigia ferrent)*; il mentionne aussi la présence de bergers voisins qui assistent au châtiment du voleur. C'est en vain, dit Tite-Live, que Cacus invoque la foi des bergers, c'est-à-dire l'assistance qu'ils lui avaient promise *(fidem pastorum nequicquam invocans)*.

6

La version de Virgile est plus ornée, plus développée, compliquée aussi par l'adjonction de nombreux motifs parasites[2].

C'est Evandre qui raconte à Enée, son hôte, l'histoire d'Hercule et de Cacus[3] :

Hic spelunca fuit, vasto submota recessu,
semihominis Caci facies quam dira tenebat,
solis inadcessam radiis... 195
Attulit et nobis aliquando optantibus aetas 200
auxilium adventumque dei. Nam maximus ultor
tergemini nece Geryonae spoliisque superbus,
Alcides aderat taurosque hac victor agebat
ingentis; vallemque boves amnemque tenebant.
At furiis Caci mens effera, nequid inausum 205
aut intractatum[4] scelerisve dolive fuisset,
quattuor a stabulis praestanti corpore tauros
avertit, totidem forma superante iuvencas;
atque hos, nequa forent pedibus vestigia rectis,
cauda in speluncam tractos, versisque viarum 210
indiciis[5] raptor saxo occultabat opaco :

[1] Liv., I, 7.

[2] Sur ces motifs, voy. Bréal, *op. cit.*, pp. 159-164.

[3] Verg., *Æn.*, VIII, vv. 193 et sqq. Nous suivons l'édition Ribbeck.

[4] Il faut rapprocher ce mot d'*attrectare* et de *contrectare*, qui, on le sait, sont devenus des termes techniques en matière de *furtum*.

[5] Serv., *In* Verg., *Æn.*, VIII, 210. Ed. Thilo et Hagen, II, p. 228 : [*Versisque*

quaerenti nulla ad speluncam signa ferebant.
Interea, cum iam stabulis saturata moveret
Amphitryoniades armenta, abitumque pararet,
discessu mugire boves, atque omne querellis 215
impleri nemus et colles clamore relinqui.
Reddidit una bovom vocem vastoque sub antro
mugiit, et Caci spem custodita fefellit.
Hic vero Alcidae furiis exarserat atro
felle dolor : rapit arma manu, nodisque gravatum 220
robur, et aerii cursu petit ardua montis.
Tum primum nostri Cacum videre timentem
turbatumque oculis : fugit ilicet ocior Euro
speluncamque petit (pedibus timor addidit alas).
Ut sese inclusit, ruptisque immane catenis 225
deiecit saxum, ferro quod et arte paterna
pendebat, fultosque emuniit obice postis,
ecce furens animis aderat Tirynthius omnemque
accessum lustrans huc ora ferebat et illuc,
dentibus infrendens. Ter totum fervidus ira 230
lustrat Aventini montem, ter saxea temptat
limina nequiquam, ter fessus valle resedit.

Ainsi Virgile précise certaines circonstances de la poursuite, que les récits plus ramassés que nous avons rencontrés jusqu'ici avaient laissées dans l'ombre : Cacus se terre dans son repaire et s'y retranche ; Hercule en assiège l'entrée et tâche en vain de la forcer. Une lutte s'engage, dont les péripéties sont longuement décrites (vers 233 et suivants[1]). Hercule réussit à défoncer la grotte en arrachant le roc qui en forme la voûte. Le monstre, pris en flagrant délit (= *deprensus*, v. 247), se défend vainement en vomissant des flammes et de la fumée : son adversaire le saisit à la gorge et l'étrangle :

Hic Cacum in tenebris incendia vana vomentem
corripit in nodum complexus, et angit inhaerens 260
elisos oculos, et siccum sanguine guttur.
Panditur extemplo foribus domus atra revolsis,
abstractaeque boves abiurataeque rapinae

viarum indicis] hoc est vestigiis, quod aversi trahebantur. Versisque suorum indicis, id est contra naturam incientibus errorem indicis. Ipsa, inquit, deripiebant indicia, quae indicare consuerunt, nam indicium ab indicando nomen accepit.

[1] Virgile a fait, dit Macrobe (*Sat.*, 5, 14, 25), « de fort peu de chose une longue narration. »

cœlo ostenduntur, pedibusque informe cadaver
protrahitur[1]. 265

Le récit des *Libri pontificalium* ne spécifiait pas[2] comment Hercule avait tué Cacus. Tite-Live suppose qu'il l'avait abattu d'un coup de massue. Virgile admet qu'il l'avait étranglé[3]. Cela n'est pas sans intérêt. Evidemment, la vieille coutume romaine qui autorisait le volé à exécuter sur-le-champ le voleur *qui telo se defendit*, sans prescrire un mode d'exécution déterminé, trouvait peu d'applications, au temps de Virgile et même déjà avant lui. Dans la plupart des cas de flagrance, le volé se bornait à saisir le voleur *obtorto collo* et à l'emmener devant le préteur. Est-ce là la raison pour laquelle Virgile fait étrangler Cacus par Hercule? On peut le supposer, sans trop appuyer d'ailleurs sur cette hypothèse.

Une expression de Virgile doit retenir notre attention. Le poète, au vers 263, désigne le produit des vols de Cacus par les mots *abiuratae rapinae*[4]. Servius ajoute en note sur ce passage :

Abiurataeque rapinae) abiurare est rem creditam negare periurio. Sed hoc isto loco non congruit : unde modo « abiuratas rapinas » contra ius retentas intellegamus. Alii « abiuratas » abductas atque alieni iuris factas, alii fraude et furto abductas tradunt[5].

Il y a une part de vérité dans la première interprétation donnée par Servius, mais le grammairien n'arrive pas à faire cadrer cette interprétation avec le texte. Rien ne serait cependant plus facile. Il suffirait de dire : *abiurare est rem furtivam negare periurio*, et nous trouverions dans les *abiuratae rapinae* un souvenir lointain du serment purgatoire par lequel une personne soupçonnée de vol faisait — ou cherchait à faire — la preuve de son innocence. De ce serment nous avons rencontré un exemple dans l'historiette de Tremellius Scropha. Chez Plaute aussi, nous avons vu un voleur

[1] Cf. Iuven., *Sat.*, V, 125.

[2] Les traditions sur ce point peuvent avoir varié. Peut-être a-t-il existé une tradition d'après laquelle Hercule avait pendu Cacus. Cf. Minervini, *l° c°*, p. 42 et p. 50.

[3] Même version sans doute d'après Virgile) dans *Myth.*, III, 13, 1 (Mai, *l° c°*, p. 270) : Eidem Herculi Cacus boves furatus esse dicitur, et eos per caudam in speluncam tractos abscondisse, quem Hercules presso gutture interfecit, fumum in nebulam eructantem.

[4] Où *rapinae* est pris dans un sens large, comme synonyme de *furta*.

[5] Serv. *In* Verg., *Æn.*, VIII, 263. Ed. Thilo et Hagen, p. 232.

chercher à se justifier par le serment[1]. Toutes les fois que Cacus avait été soupçonné de vol, toutes les fois qu'on avait voulu fouiller son repaire, il avait juré qu'il était innocent. Ses *abiuratae rapinae* étaient bien à la fois le produit de ses vols et le fruit de ses parjures.

7

Du récit de Properce[2], plus sobre que celui de Virgile, nous ne retiendrons qu'un trait juridique : le vol y est désigné comme manifeste ; ou, pour parler plus exactement, le vol serait manifeste si les traces pouvaient conduire Hercule jusqu'au repaire du voleur :

Amphitryoniades qua tempestate iuvencos
egerat a stabulis, o Erythea, tuis,
venit et ad victor, pecorosa Palatia, montes.
. . . . . .
Sed non infido manserunt hospite Caco
incolumes : furto polluit ille Iovem.
Incola Cacus erat, metuendo raptor ab antro,
per tria partitos qui dabat ora sonos. 10
Hic, ne certa forent manifestae signa rapinae,
aversos cauda traxit in antra boves.
Nec sine teste deo : furem sonuere iuvenci;
furis et implacidas diruit ira fores.
Maenalio iacuit pulsus tria tempora ramo 15
Cacus, et Alcides sic ait : « Ite boves,
Herculis ite boves, nostrae labor ultime clavae
bis mihi quaesitae, bis mea praeda, boves,
arvaque mugitu sancite boaria longo :
nobile erit Romae pascua vestra forum. » 20

Remarquons l'expression *bis mihi quaesitae :* Hercule a conquis deux fois des bœufs, une fois par sa victoire sur Géryon, une autre fois par la *quaestio*, également victorieuse, qu'il a exercée contre Cacus.

Properce ne parle pas, du moins à cette place, de la fondation de l'*Ara maxima*. Mais il y fait allusion un peu plus loin (vv. 67 et sqq.), en des termes à retenir :

[1] *Supra*, p. 162, 5. Voy. Jobbé Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, 1896, pp. 27-28, et p. 158.

[2] Prop., IV, 9, vv. 1-20. Nous suivons l'édition Baehrens, *Die Elegien des Sextus Propertius*, Berlin, 1898, dont on lira avec fruit le commentaire.

« Maxima quae gregibus devota est ara repertis,
ara per has, inquit, maxima facta manus,
haec nullis umquam pateat veneranda puellis, 70
Herculis aeternum ne sit inulta sitis. »

Le récit d'Ovide suit sensiblement celui de Virgile[1]. Remarquons toutefois que c'est Cacus qui engage le premier la lutte en attaquant Hercule :

Ecce boves illuc Erytheïdas applicat heros
emensus longi claviger orbis iter.
Dumque huic hospitium domus est Tegeaea, vagantur 545
incustoditae laeta per arva boves.
Mane erat : excussus somno Tirynthius actor
de numero tauros sentit abesse duos.
Nulla videt quaerens taciti vestigia furti :
traxerat aversos Cacus in antra feros : 550
Cacus, Aventinae timor atque infamia silvae,
non leve finitimis hospitibusque malum.
. . . . . .
Servata male parte boum Iove natus abibat :
mugitum rauco furta dedere sono. 560
« Accipio revocamen », ait, vocemque secutus,
impia per silvas victor ad antra venit.
Ille aditum fracti praestruxerat obice montis,
vix iuga movissent quinque bis illud opus.
. . . . . .
Prima movet Cacus collata praelia[2] dextra;
remque ferox saxis stipitibusque gerit. 570
Quis ubi nil agitur, patrias male fortis ad artes
confugit, et flammas ore sonante vomit.
. . . . . .
Occupat Alcides, adductaque clava trinodis 575
ter quater adversi sedit in ore viri.
Ille cadit[3]...

8

Les versions que nous avons considérées jusqu'à maintenant ne

[1] Sauf en ce qui concerne le mode d'exécution. Ovide (comme Properce) fait assommer Cacus à coups de massue.

[2] Gulli (*Del furto manifesto nel diritto romano. Archivio giuridico*, XXV, 1880, p. 69) attache quelque importance aux mots *prima praelia*. Il en conclut que Cacus était un *fur diurnus qui telo se defendit*.

[3] Ovid., *Fast.*, I, vv. 543 et sqq. Nous avons suivi l'édition Merkel (Leipzig, Teubner). Voy. aussi *Fast.*, V, 648; VI, 82; *Ibis*, v. 492.

sont pas très explicites sur les premières tentatives qu'avait pu faire Hercule pour retrouver son bétail perdu. Mais nous rencontrons chez Denys d'Halicarnasse un récit fort intéressant qui nous fournit sur ce point de nouveaux détails, comparables à ceux de l'historiette de Tremellius Scropha[1].

La tradition relative à Hercule, dit Denys, qui est pris ici d'un scrupule critique assez inattendu, comprend des éléments légendaires et des éléments historiques :

Ἔστι δὲ τῶν ὑπὲρ τοῦ δαίμονος τοῦδε λεγομένων τα μὲν μυθικώτερα, τὰ δ' ἀληθέστερα. Ὁ μὲν οὖν μυθικὸς περὶ τῆς παρουσίας αὐτοῦ λόγος ὧδ' ἔχει.

Les éléments historiques de la tradition, Denys les expose un peu plus loin[2], sans doute d'après Cn. Gellius ou d'après la source suivie par Cn. Gellius[3]. Quant aux éléments légendaires de la tradition — dont malheureusement nous n'avons pas les moyens d'identifier par conjecture les auteurs — il les expose immédiatement. Dans sa narration de l'arrivée d'Hercule en Italie et du vol commis par Cacus, nous rencontrons des traits déjà connus. Nous y retrouvons notamment la ruse caractéristique qu'emploie Cacus pour dissimuler son larcin :

Ὀλίγας δέ τινας (i. e. *βόας*) *ἐξ αὐτῶν εἰς τὸ ἄντρον, ἐν ᾧ πλησίον ὄντι ἐτύγχανε τὴν δίκιταν ποιούμενος, ἀποκρύπτεται, ἐμπαλιν τῆς κατὰ φύσιν τοῖς ζώοις πορείας ἐπισπώμενος ἑκάστην κατ' οὐράν. Τοῦτο δ' αὐτῷ τῶν ἐλέγχων ἀφανισμὸν ἐδύνατο παρασχεῖν, ἐναντίας φαινομένης τοῖς ἴχνεσι τῆς ὁδοῦ.*

Hercule, ayant compté ses bœufs à son réveil, et constaté la disparition d'une partie de son troupeau, se met en campagne :

Ἀναστὰς δὲ μετ' ὀλίγον ὁ Ἡρακλῆς καὶ τὸν ἀριθμὸν ἐπιλεξάμενος τῶν βοῶν, ὡς ἔμαθε τὰς ἐκλιπούσας, τέως μὲν ἠπόρει ποῦ κεχωρήκασι καὶ ὡς πεπλανημένας ἀπὸ τῆς νομῆς ἐμάστευεν ἀνὰ τὸν χῶρον.

Il croit donc d'abord que ses bœufs ne sont qu'égarés. Il parvient à l'antre de Cacus, mais l'examen des traces l'induit en erreur. Malgré tout, il se décide à y faire une perquisition :

Ὡς δ' οὐχ εὕρισκεν ἐπὶ τὸ σπήλαιον ἀφικνεῖται τοῖς μὲν ἴχνεσι κατιδόντος, οὐδὲν δ' ἧττον οἰόμενος δεῖν διερευνήσασθαι τὸν χῶρον.

Suit le récit de sa démarche. Il interpelle Cacus, qui se tient devant l'entrée de la grotte. Il lui demande s'il n'a pas vu ses

[1] Dionys., I, 39.
[2] Dionys., I, 42.
[3] *Supra*, p. 310 n. 4.

bœufs[1]. Cacus répond négativement[2]. Il refuse au dieu l'accès de son repaire, et, feignant qu'il y veuille pénétrer par force, il appelle ses voisins à la rescousse :

Τοῦ δὲ Κάκου πρὸ τῆς θύρας ἑστῶτος καὶ οὔτ' ἰδεῖν τὰς βόας φάσκοντος ἐρομένῳ οὔτ' ἐρευνᾶσθαι ἐπιτρέποντος αἰτουμένῳ, τούς τε πλησίον ὡς δεινὰ πάσχοι ὑπὸ τοῦ ξένου ἐπιβοῶντος, ἀμηχανῶν ὁ Ἡρακλῆς ὅ τι χρήσεται τῷ πράγματι, εἰς νοῦν βάλλεται προσελάσαι τῷ σπηλαίῳ τὰς ἄλλας βόας· ὡς δ' ἄρα τῆς συννόμου φωνῆς τε καὶ ὀσμῆς αἱ ἔντοσθεν ἤσθοντο, ἀντεμυκῶντο ταῖς ἔκτοσθεν καὶ ἐγεγόνει ἡ φωνὴ αὐτῶν κατήγορος τῆς κλοπῆς.

Ainsi Hercule n'ose pas forcer, sur un simple soupçon, la résistance de Cacus. Il faudrait, pour aller de l'avant, s'autoriser d'indices plus sûrs. Un stratagème lui en fournit le moyen. Ce n'est point par hasard, comme dans les versions précédentes, c'est de propos délibéré qu'Hercule fait passer le reste de son troupeau devant la grotte de Cacus. Les mugissements des bœufs volés qui flairent et qui entendent leurs compagnons, prouvent au dieu qu'il ne s'est pas trompé. Sa vengeance ne tarde guère.

Ὁ μὲν οὖν Κᾶκος, ἐπειδὴ περιφανὴς ἐγένετο κακουργῶν, τρέπεται πρὸς ἀλκήν, καὶ τοὺς εἰωθότας αὐτῷ συναγραυλεῖν ἀνεκάλει· Ἡρακλῆς δ' ἁλοιῶν αὐτὸν τῷ ῥοπάλῳ κτείνει, καὶ τὰς βόας ἐξαγαγών, ἐπειδὴ κακούργων ὑποδοχαῖς εὔθετον εὗρα τὸ χωρίον, ἐπικατασκάπτει τῷ κλωπὶ τὸ σπήλαιον.

Nous voyons comment le système de la perquisition[3] vient compléter le système de la suite à la piste. Notons ici la qualification du vol comme manifeste, la tentative du voleur pour se défendre, son recours aux *vicini*, et enfin sa défaite. Hercule assomme Cacus d'un coup de massue; il reprend ses bœufs et détruit cette grotte qui offrirait trop aisément asile à d'autres malfaiteurs.

La fin du chapitre raconte l'érection par Hercule d'un autel à *Jupiter Inventor* (Ζεὺς Εὑρέσιος) et l'institution d'un culte destiné à commémorer sa victoire.

[1] Cf. *Hymne à Hermès*, vv. 254-259 (Apollon menace Hermès et le prévient qu'il n'acceptera pas de rançon).

[2] *Hymne à Hermès*, vv. 261-277 : Hermès nie le vol des vaches, et cherche à se disculper en prêtant le « Grand serment ».

[3] Dans l'*Hymne à Hermès*, vv. 246 et sqq., Apollon pénètre dans la grotte de Maia, s'empare d'une clef brillante, et ouvre les armoires et les réduits les plus secrets. Allègre, *les Limiers*. *Rev. des Etudes anciennes*, XV (1913), p. 248, n. 5.

CHAPITRE VIII

SEX. ÆLIUS, M' MANILIUS, J. BRUTUS ET P. MUCIUS SCAEVOLA

§ 1. La question de savoir si l'héritier peut agir pour *furtum antea factum* (Cic., *Ad fam.*, 7, 20) se rapporte-t-elle à la transmissibilité active de l'action *furti*, ou au vol de choses héréditaires? — § 2. Raisons qui poussent à la rapporter au vol de choses héréditaires. Lien entre cette question et le procès de P. Silius Nerva (Cic., *Ad fam.*, 7, 21). — § 3. Le *furtum* commis par l'emprunteur d'une chose qui n'en use pas conformément à la convention passée avec le préteur. — § 4. Conclusion.

Les textes étudiés jusqu'ici se rattachent à la pratique juridique ou à la loi. Voici que nous rencontrons maintenant des documents ayant un caractère doctrinal. La théorie du *furtum* paraît, en effet, avoir préoccupé les plus anciens jurisconsultes romains dont il nous soit resté autre chose qu'un nom.

I

Le premier jurisconsulte qui ait traité *ex professo* de questions relatives à la théorie du *furtum*[1] est Sextus Ælius Petus Catus (cos. 556 = 198). Cicéron le mentionne, avec M. Iunius Brutus et M' Manilius (tous deux de la fin du VIe siècle U. C.), dans une lettre adressée à son ami, le jurisconsulte C. Trebatius Testa[2] :

[1] On peut soupçonner que le traité *De usurpationibus*, attribué à Aelius Gallus, touchant à la matière du *furtum*, soit qu'on voie dans cet ouvrage un recueil de *responsa* rendus à propos de l'application de l'*usurpatio* des principes des XII Tables (En ce sens, Savigny, *Varroniana*, I, p. 143 et sqq.), soit qu'on y voie plutôt, comme on le fait ordinairement, une monographie sur les interruptions de la possession (*usurpare* = *usui* + *rapere*) : car encore devait-il distinguer les cas dans lesquels on interrompt légitimement la possession d'autrui des cas dans lesquels on l'interrompt à tort, et qui peuvent constituer des *furta*. En ce sens, Bremer, I, 139-140. Cf. Jörs, *Röm. Rechtswissenschaft*, I, pp. 86-87; Hanel, *Zur Aelius-Frage*, dans *Litteraturgeschichte* (*Festschrift für Th. Gomperz*), Vienne, 1902, p. 320.

[2] Cic., *Ad famil.*, VII, 22 (Ann. 710 = 43?); Bruns, I, p. 48, 2; p. 93, 1, p. 96, 4; p. 99, 4; p. 382, 15; Huschke-Seckel-Kübler, I, p. 78.

Cicero Trebatio sal. — Illuseras heri inter scyphos, quod dixeram controversiam esse, possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere. Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec controversia est, notavi et descriptum tibi misi, ut scires id, quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Ælium, M' Manilium, M. Brutum sensisse. Ego tamen Scaevolae et Testae assentior.

Dans un entretien après boire, Cicéron avait soutenu qu'une controverse existait sur la question de savoir si un héritier pouvait intenter l'action *furti* pour un vol commis aux dépens de la succession auparavant *(antea)*, c'est-à-dire sans doute avant qu'il fût héritier. Trebatius avait contesté le fait et avait plaisanté son ami. Cicéron, piqué au jeu, lui envoyait sa justification : une fiche bibliographique (= *descriptum tibi misi)* reproduisant un chapitre d'un ouvrage exposant la controverse en question.

Quel était cet ouvrage? Cicéron avait probablement annexé la référence du texte (= *notavi)* à sa copie. Mais il l'avait omise dans le billet d'envoi. Cependant tout porte à croire qu'il avait puisé dans un livre de Q. Mucius Scaevola. On s'en convainc en relisant la fin du billet. « Malgré l'autorité de S. Ælius, de Manilius et de Brutus, dit Cicéron, je partage personnellement l'opinion de Scaevola et de Testa *(Ego tamen Scaevolae et Testae assentior*[1]). » L'opinion de Trebatius Testa avait été produite dans la discussion de la veille ; mais Scaevola n'avait pas pris part au débat, et pour cause : notre lettre doit dater du début du VIIIe siècle U. C., et probablement de l'année 710[2], c'est-à-dire d'une époque où Q. Mucius Scaevola était mort depuis longtemps[3] ; et elle

[1] Notons, en passant, la singulière méprise de Desjardins (*Traité du vol*, p. 75), pour qui Trebatius « nie la controverse avec Scévola et Testa ».

[2] Voy. les tables chronologiques des lettres de Cicéron *ad familiares*, dressées par Koerner et Schmidt, et publiées en appendice à l'édition de ces lettres donnée par Mendelssohn (*M. Tullii Ciceronis epistularum libri sedecim*, éd. L. Mendelssohn, Lipsiae, 1893). Koerner et Schmidt assignent même (p. 457) à notre lettre une date plus précise; ils conjecturent qu'elle se place entre le 19 et le 30 juin 710. Rutt, *Die Correspondenz Ciceros in den Jahren 44 und 43* (Diss. Strasbourg, Marburg, 1883, a omis notre lettre. Tyrrell et Purser (*The correspondence of Cicero arranged according to its chronological order*, I-VII, 1885-1901), V, p. 319, la placent dubitativement en juin 710.

[3] Q. Mucius Scaevola fut assassiné en 672 = 82. Krueger, *Quellen*², p. 64.

ne mentionne que le seul Trebatius parmi les interlocuteurs de Cicéron[1].

Où donc celui-ci avait-il rencontré l'opinion de Scaevola — qu'il cite *ex abrupto* comme si son correspondant la connaissait bien — sinon dans le texte même qu'il lui envoyait? Cette opinion s'opposait à celle qu'on professait généralement avant lui : elle représentait, somme toute, une doctrine nouvelle et originale. Nous savons d'ailleurs que Cicéron a souvent cité les *libri iuris civilis* de Q. Mucius Scaevola[2], et qu'il a pu y trouver les noms de S. Ælius[3], de Brutus[4] et de Manilius[5]; nous savons aussi que Q. Mucius se référait volontiers à ses devanciers. Nous sommes ainsi amenés à penser que Cicéron envoyait à Trebatius un extrait des *libri iuris civilis* de Q. Mucius, dans lequel celui-ci combattait une solution admise par S. Ælius, Brutus et Manilius.

Quant à la portée exacte de la question posée, il est difficile de la préciser, à cause de l'ambiguïté des mots. L'expression *furtum antea factum* est trop concise pour nous éclairer. Doit-on comprendre qu'elle désigne les *furta* commis avant la mort du *de cuius* aux dépens des biens que l'héritier doit recueillir? ou les *furta* commis depuis la mort du *de cuius* et avant l'adition d'hérédité[6]? ou même, cumulativement, tous les *furta* commis, avant ou après la mort du *de cuius*, jusqu'à l'adition?

La troisième interprétation doit être immédiatement écartée, parce qu'elle confond deux questions distinctes, aussi bien logiquement qu'historiquement, que les jurisconsultes romains n'ont jamais eu l'idée de rapprocher, la question de la transmissibilité active de l'action *furti*, et la question du vol commis aux dépens d'une hérédité jacente. Mais, ceci admis, comment décider quelle

[1] Ajoutons que l'erreur commise par Trebatius au début du VIIIe siècle n'eût guère pu être commise, au milieu du VIe, par le jurisconsulte le plus érudit de son temps : « homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus » (Cic., *De Orat.*, I, 39, 180).

[2] Cic., *De off.*, III, 17, 70; *De leg.*, II, 19, 47; II, 20, 49-50; II, 21, 54-55; *Top.*, 8, 37, etc.

[3] Gell., *N. A.*, IV, 1, 20.

[4] Gell., *N. A.*, XVII, 7, 3; Cic., *De Orat.*, II, 55, 223-224.

[5] Gell., *N. A.*, XVII, 7, 3.

[6] Nous ne disons pas : *avant la prise de possession par l'héritier des biens héréditaires*, puisque, comme on le montrera plus loin, ce n'est pas encore l'atteinte à la possession qu'on envisage dans le *furtum*.

est celle des deux questions que Cicéron et Trebatius avaient en vue?

A priori, rien ne nous oblige à conclure dans un sens plutôt que dans l'autre. D'après les éléments d'information que nous possédons, Cicéron et son interlocuteur peuvent avoir agité l'une aussi bien que l'autre.

1° A l'époque classique, la transmissibilité active de l'action *furti* n'est point douteuse. « Heredem... furti agere posse... constat », dit Ulpien, dans un passage de ses *libri ad Sabinum*[1], qui pourrait se rattacher à un principe déjà formulé par Sabinus. Mais cela n'exclut pas la possibilité d'un principe inverse pour le temps de S. Ælius, de Manilius et de Brutus : nous verrons que Labéon ignore encore la succession (au sens moderne du mot) de l'héritier à l'action *furti* du défunt[2]. L'intransmissibilité primitive de l'action *furti* aux héritiers du volé cadrerait bien, d'ailleurs, avec ce que nous savons de l'intransmissibilité primitive d'un certain nombre d'actions pénales aux héritiers de la victime[3] : Q. Mucius aurait défendu à l'encontre de ses devanciers l'idée de la transmissibilité.

2° Quant au vol des choses héréditaires, les jurisconsultes classiques le regardent comme impossible : car, pour eux, selon un précepte formulé par Q. Cervidius Scaevola, le *furtum* ne porte

[1] Ulpian., *l. XLI ad Sabin.*, *Dig.*, 47, 1, fr. 1, 1. Paul., *Sent.*, II, 31, 6.

[2] *Dig.*, 47, 6, fr. 6 pr.

[3] En ce sens, Bekker, *Aktionen des römischen Privatrechts*, I, 1871, p. 174, n. 18 ; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht* (Extr. de la *Zeitsch. für das Privat-und öffentliche Recht*, XXXV, 1907, p. 42, 10 ; Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 781, 1 ; Girard, *Manuel*[5], p. 395, 3 ; Costa, *Cicerone giureconsulto*, *l° c°*, p. 229. M. Pampaloni relève à juste titre, comme prouvant l'existence d'une controverse ancienne sur la transmissibilité active de l'action *furti*, sinon aux héritiers, du moins à l'adrogeant, un fragment d'Ulpien, *l. XLI ad Sabin.* (*Dig.*, 47, 2, fr. 41, 1 : Adrogatorem posse furti agere, scilicet eius furti nomine, quod factum est ei quem adrogavit, antequam eum adrogaret, certum est : ceterum si postea, nulla erit dubitatio. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso* (*Studi sopra il delitto di furto*, I, 1894), p. 174, 4. Remarquons aussi que les termes employés par Ulpien, à propos de la transmissibilité active de l'action *furti*, semblent la désigner comme le fruit d'une innovation (de la jurisprudence ou du préteur?) : Heredem... furti agere posse... constat : executio enim quorundam delictorum heredibus data est (*Dig.*, 47, 1, fr. 1, 1). Le mot *constat* ne s'appliquerait pas à une règle se rattachant au vieux *ius Quiritium*. Les mots *executionem dare*, pas davantage (bien qu'ils n'aient pas l'acception technique d'*actionem dare*).

que sur la possession : « possessionis furtum fit[1] ». On ne peut se plaindre d'un *furtum* que si l'on possédait : donc il n'y a pas de *furtum* possible, non seulement tant que l'héritier n'a pas fait adition, mais encore tant que, après l'adition, il ne s'est pas mis en possession des choses héréditaires[2]. Mais cela n'exclut pas la possibilité d'une discussion sur ce point à la fin de la République : car les principes que nous venons de rappeler n'avaient pas encore prévalu[3]. La théorie de la possession s'ébauchait à peine : Labéon ignorait sans doute la règle *possessionis furtum fieri*. On admettait néanmoins, prétend-on souvent[4], que les choses héréditaires ne pouvaient pas faire l'objet d'un *furtum*, en l'absence d'héritiers siens ou nécessaires, et avant l'adition faite par l'héritier externe : car ces choses étaient des choses sans maître (*res nullius*). On ajoute qu'on ne comprendrait pas, sans cela, comment l'usucapion *pro herede* pourrait fonctionner : car on n'usucape pas les *res furtivae*. Nous ne croyons pas cependant que cela tranche toute la question. Car la classification des choses héréditaires parmi les *res nullius* ne remonte pas très haut. Nous savons aujourd'hui que le système de la copropriété gentilice et familiale, alors même qu'il déclinait, s'opposait à toute solution de continuité dans la dévolution successorale. Déjà, sans même se servir du droit comparé, Jhering et Pernice ont tiré cette conclusion de l'ensemble des institutions héréditaires romaines[6]. Le rattachement des *res hereditariae* aux *res nullius* ne paraît pas remonter beaucoup plus haut que Labéon, le premier jurisconsulte dont il nous soit parvenu des témoignages sur ce point. Bien plus, rien ne nous autorise à penser que Labéon eût fait déjà l'application de son principe à la matière du *furtum* ; et même nous savons que Sabinus avait encore proposé,

[1] Ulpian., *l. XXXVIII ad edict.*, *Dig.*, 47, 4, fr. 1, 15.

[2] Gaius, III, 201 ; Ulpian., *l. XXXVIII ad edict.*, *Dig.*, 47, 4, fr. 1, 14 ; *l. IX de officio proc.*, *Dig.*, 47, 19, fr. 2, 1 ; Marcellus, *l. VIII Digest.*, *Dig.*, 47, 2, fr. 69 ; Desjardins, p. 73 ; Girard, *Manuel*, p. 404, 2 ; Pampaloni, *L'arta di possesso e furto di uso*, p. 176, n. 20.

[3] *Infra*, c. XIV, § 7 et sqq.

[4] Girard, *Manuel*, p. 404, 2 ; Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 177, 28.

[5] Labeo, cité par Ulpian., *l. LXXI ad edict.*, *Dig.*, 43, 24, fr. 13, 6 — 28 par Javolenus, *l. I ex Cassio*, *Dig.*, 28, 5, fr. 65 (64). Pernice, *Labeo*, I, p. 153 et sqq.

[6] Jhering, *Passive Wirkungen der Rechte*, *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, X (1871), pp. 387-389, pp. 408 et sqq. ; Pernice, *Labeo*, I, p. 358, 1.

pour le vol des choses sans maître *(res iacentes)*, une théorie que les jurisconsultes classiques se refusent, il est vrai, à appliquer aux choses de l'hérédité jacente, mais qui a peut-être eu originairement une portée générale[1]. Jusqu'au temps de Neratius, la question du vol des choses héréditaires s'agitait encore[2]. Enfin l'argument tiré de l'usucapion *pro herede* ne saurait entraîner la conviction, puisqu'on voit l'*usureceptio fiduciae* (et sans doute aussi l'*usureceptio ex praediatura*) faire acquérir, sans juste titre ni bonne foi, la propriété d'une chose qui n'était pas *res nullius*, qui avait certainement un propriétaire, et même un propriétaire connu de l'usucapant — donc une chose qui pouvait rigoureusement rentrer dans la définition des *res furtivae*[3].

Donc, à première vue, et sans pousser plus avant l'étude du fond de la controverse, il n'y a pas de raison décisive d'admettre qu'elle dût porter plutôt sur la transmissibilité active de l'action *furti* que sur le vol des choses héréditaires[4].

2

Nous devons, pour nous décider, négliger de parti pris tous les arguments fondés sur notre connaissance du droit postérieur, et nous en tenir exclusivement aux indices contenus dans le texte de Cicéron, s'il y en a. Ces indices, qui par malheur sont extrêmement

[1] *Infra*, c. XVI, § 20. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, pp. 180 et sqq. Cf. Herzen, dans Pinélès, *Questions de droit romain étudiées d'après la nouvelle méthode historique du droit comparé*, Paris, 1911, pp. 38 et sqq., et Petit, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, XXXV (1911), p. 349.

[2] Paul., *l. I ad Neratium. Dig.*, 47, 18, fr. 6 : Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit (sc. Neratius).

[3] Gaius, *Inst.*, II, 59-61. Les termes employés par Gaius sont des plus généraux; on n'y trouve aucune espèce de distinction selon que l'usucapant a repris la chose avec ou sans l'autorisation du *dominus*. Les conjectures qu'on a parfois proposées sur ce point sont dénuées de tout fondement. Cf. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 285.

[4] A notre connaissance, De Caqueray (*Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, 1857, p. 586 et Desjardins (*Traité du vol*, p. 74), sont pourtant les seuls auteurs qui rapportent la lettre de Cicéron *Ad famil.*, VII, 22, à la question du vol de choses héréditaires commis avant l'adition. M. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 174, n. 4, condamne leur opinion sans la discuter : « Nessun valore ha l'idea del Desjardins. »

ténus et fragiles, nous inclinent à croire que Cicéron et Trebatius songeaient au vol de choses héréditaires.

A. Le premier indice se tire de l'examen du mot *antea*. Si l'on suppose que Cicéron songe à la transmissibilité active de l'action *furti*, il faut traduire *antea* par : *avant la mort du de cuius*. Traduction difficilement admissible, puisque Cicéron ne fait aucune mention, ni du défunt ni de sa mort ! *Antea* ne peut se référer qu'à l'idée contenue dans *heres* : il s'agit du vol commis *avant que l'héritier fût héritier*. Quand l'héritier externe est-il vraiment héritier ? Ce n'est point depuis la rédaction du testament (s'il s'agit d'un héritier testamentaire) : ce n'est même pas depuis la mort du *de cuius* ; c'est seulement depuis l'adition. Le successible qui n'est pas héritier nécessaire est étranger à la succession jusqu'à ce qu'il l'ait acceptée[1]. Avant l'adition, il a une vocation à l'hérédité, il n'est pas *heres*. *Antea* doit se traduire : avant l'adition.

Mais une difficulté nous arrête. Nous avons eu soin de restreindre notre raisonnement à l'héritier *externe*. Cicéron emploie le mot *heres* sans en limiter la portée par une épithète, sans spécifier qu'il songe au seul *heres extraneus*. Cela conduit à se demander si la question qu'il touche ne doit pas être de nature à intéresser un héritier quelconque, — aussi bien un héritier sien ou nécessaire qu'un héritier externe, — ce qui exclurait la question du vol de choses héréditaires ? La difficulté n'est qu'apparente. Le terme *heres* sans épithète désigne très souvent, sinon exclusivement, l'héritier externe[2]. Signalons par exemple l'acception de ce terme dans l'expression *usucapio pro herede*[3], où *heres* ne peut désigner qu'un héritier externe[4].

B. Un second indice, qu'on ne peut passer sous silence, bien qu'il

[1] Girard, *Manuel*[5], p. 880.

[2] Sur une question de terminologie voisine de celle-ci, voy. Meyer, *Röm. Privatrecht*, I, 1908, p. 104.

[3] L'usucapion *pro herede* est connue de Cicéron (*Ep. ad Att.*, I, 5, 6 et 7, 8, 1). Sur l'emploi du mot *heres* par Cicéron, voy. Merguet, *Lexikon zu den Reden des Cicero*, II, 1880, pp. 449-450.

[4] Cela est également vrai quel que soit le sens qu'on attribue à la préposition *pro*. Si *pro herede* signifie *à la place de l'héritier*, le mot *heres* ne peut désigner qu'un *heres extraneus*, puisqu'on n'usurpe pas la succession d'un sien ou d'un *necessarius heres* (Gaius, II, 58 ; III, 201 ; Dositée, *Inst. Iust.*, 4, 19, comm. 6). Si *pro herede* signifie *comme héritier*, *au titre d'héritier*, le mot *heres* désigne celui qui usucape, donc encore un *extraneus*.

soit beaucoup plus fragile que le précédent, se tire du rapprochement du billet que nous étudions (*Ad familiares*, VII, 22) avec celui qui le précède immédiatement dans la même collection (*Ad familiares*, VII, 21). Ce rapprochement ne peut passer pour fortuit, surtout si l'on considère de quelle façon les recueils des lettres de Cicéron, et spécialement des lettres *Ad familiares*, ont été formés[1]. Les deux lettres sont adressées toutes deux au même destinataire; elles datent de la même année, sans doute du même mois, et des mêmes jours du même mois[2]; elles se trouvent en quelque sorte isolées chronologiquement du reste de la correspondance de Cicéron avec Trebatius[3], ce qui conduit, sans excès d'audace, à supposer qu'il existe quelque rapport entre leurs objets respectifs, et à expliquer ainsi pourquoi les deux lettres, conservées ensemble dans un même dossier[4], en

[1] Sur cette question, voy. O. E. Schmidt, *Zur Chronologie der Korrespondenz Ciceros seit Caesars Tod (Fleckeisen's Jahrbücher für classische Philologie*, CXXIX, 1884, p. 333); G. Boissier, *Recherches sur la manière dont furent recueillies et publiées les lettres de Cicéron*, Paris, 1863; Leighton, *Historia critica M. Tullii Ciceronis epistularum ad familiares*, Diss. Lipsiae, 1877, pp. 18-29.

[2] Kœrner et Schmidt, *l° c°*, p. 457, qui placent la lettre VII, 22, entre le 16 et le 30 juin 710, placent la lettre VII, 21, entre le 25 et le 29 juin de la même année. Tyrrell et Purser, *l° c°*, V, p. 317, placent la lettre VII, 21, dans la deuxième moitié de juin 710, et admettent (p. 319) sa connexion avec la lettre VII, 22. On trouve d'autres conclusions chronologiques, très contestables, chez Rubte (Edm.), *Die Correspondenz Ciceros in den Jahren 44 und 43* (Diss. Strasbourg), Marburg, 1883. Cet auteur polémique contre Huschke (*De caussa Siliana ad Cic. epistol. ad divers. VII, 21*, Rostock, 1824, et *Studien des römischen Rechts*, I, pp. 21-23). Huschke pensait que notre lettre se plaçait nécessairement après le 7 mai, parce qu'elle supposait la présence de Servius Sulpicius à Rome ou dans les environs, et que Servius n'y était revenu que vers le 7 mai. Ruete (pp. 19-20) croit au contraire que Servius avait quitté Rome entre le 4 et le 6 mai, et pour longtemps (Cic., *Ad Att.*, XIV, 18, 3; XV, 7); il en conclut que la lettre *Ad fam.*, VII, 21, doit être antérieure au 6 mai. Il la place (p. 7) au cours d'avril ou au commencement de mai. — Mais le point de départ de son argumentation, comme celui de l'argumentation de Huschke, n'est pas acceptable. Rien ne prouve que P. Silius ait consulté personnellement Servius. Il semble même ne connaître son avis que par l'intermédiaire d'Ofilius. Et comment expliquer, si Cicéron a été édifié dès le commencement de mai (au plus tard) sur l'opinion de Servius, qu'il n'ait rédigé qu'à la fin de juin son plaidoyer (ainsi qu'il appert des *Ep. ad Atticum*, XV, 23 et 24)?

[3] Puisque, dans la correspondance de Cicéron avec Trebatius, la lettre immédiatement précédente est de 701 (*Ep. ad fam.*, VII, 11, 12, 13, 14, 15, 18. Kœrner et Schmidt, *l° c°*, p. 450). Les lettres immédiatement postérieures sont, il est vrai, plus rapprochées dans le temps (*Ep. ad fam.*, VII, 19 et 20); elles ont été écrites le 20 et le 28 juillet 710. Kœrner et Schmidt, *l° c°*, p. 457.

[4] Trebatius ne gardait peut-être pas toutes les lettres de Cicéron (celui-ci exprime des doutes à ce sujet : *Ad fam.*, VII, 18, 2). C'est ce qui expliquerait la lacune des

ont été extraites ensemble pour passer dans la collection des *Epistulae ad Familiares*. Or la lettre VII, 21 s'occupait déjà d'une question juridique. Cicéron recommandait à Trebatius un sien client du nom de Silius (exactement P. Silius Nerva[1]), qui voulait le consulter sur un procès qu'il venait d'engager. P. Silius avait été institué héritier par une femme appelée Turpilia[2], et il avait demandé au préteur Q. Caepio (M. Brutus, le meurtrier de J. César), la *bonorum possessio secundum tabulas*. Il avait obtenu la délivrance de l'interdit *quorum bonorum* contre le possesseur des biens héréditaires, et il se voyait obligé, vu la résistance de ce possesseur, de plaider contre lui *per sponsionem*, pour faire établir qu'il remplissait bien les conditions mises par le préteur à la délivrance de l'interdit. Mais une difficulté l'arrêtait. D'après une opinion professée par les jurisconsultes Servius et Ofilius[3], le testament prétorien est soumis aux mêmes conditions de capacité que le testament civil, et l'on doit refuser la *bonorum possessio* à l'héritier institué par un testateur qui n'a pas la *factio testamenti* active. Or la femme *sui iuris* est dans ce cas ; elle ne peut tester, même avec l'*auctoritas tutoris*, à moins d'employer pour cela l'expédient de la *coemtio* fiduciaire[4]. Turpilia ne l'avait pas employé, et c'est précisément au litige soulevé par sa succession que songeait probablement Cicéron, lorsque dans ses Topiques, écrites la même année, et dédiées au même Trebatius[5], il prenait comme exemple d'argument tiré des dépendances *(ab adiunctis)* le raisonnement par lequel on refusait la *bonorum possessio* à l'héritier institué par le testament d'une femme « quae se capite nunquam deminuit », c'est-à-dire qui n'avait

années 701-710. Mais il avait pu conserver dans un dossier les lettres qui lui fournissaient des renseignements juridiques (ce qui est le cas pour les lettres *Ad fam.*, VII, 21 et 22) : le premier éditeur du recueil *Ad familiares* les y aurait retrouvées.

[1] *Onomasticon Tullianum* (M. Tulli Ciceronis *Opera*, éd. Orelli et Baiter, VII), p. 551.

[2] Huschke, *De caussa Siliana*, pp. 4 et sqq. ; De Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, 1857, pp. 383 et sqq. ; Costa, *Cicerone giureconsulto*, 2e éd., pp. 59-60.

[3] Opinion qui, d'ailleurs, a triomphé. Ulpian, *l. XXVIII ad edict.* Dig., 37, 1, fr. 12, 1 : Ubicumque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.

[4] Gaius, I, 115 a et II, 118-122. Girard, *Manuel*[5], p. 818. Voy. l'interprétation plus développée de Huschke, *De caussa Siliana*, pp. 17-20.

[5] Cic., *Ep. ad famil.*, VII, 19 ; *Top.*, 1, 1.

pas fait la *coemtio* fiduciaire[1]. Donc, si l'opinion de Servius prévalait, Silius, quoique institué par Turpilia, s'exposait à perdre son procès : et c'est de quoi se préoccupait Cicéron dans la première des deux lettres qu'il adressait à Trebatius.

Mais il avait dû aussi examiner d'autres questions touchant à la même espèce. En avocat soigneux, il avait travaillé son dossier, et cherché à éclairer les à-côtés de l'affaire[2]. Le passage des Topiques auquel nous venons de faire allusion prouve qu'il avait tenu à approfondir la théorie de Servius et Ofilius. Au temps où il écrivait la lettre VII, 21, il n'en avait encore connaissance que par une communication de son client, et en parlait avec une nuance de doute. « Negare aiebat (Silius) Servium tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit. » Mais, lorsqu'il composait les Topiques, achevées en juillet de la même année, il s'était documenté, et il transcrivait la doctrine de Servius sur le ton le plus affirmatif, en y joignant l'argumentation adéquate[3]. Nous pouvons donc supposer que Cicéron n'avait pas borné ses recherches à ce seul point, et qu'il avait entretenu Trebatius d'autres questions intéressant la préparation de sa plaidoirie. L'adversaire de Silius, défendeur à l'interdit *quorum bonorum*, possédait le bien dépendant de la succession de Turpilia soit à titre d'héritier *(pro herede)*, soit sans titre *(pro possessore*[4]*)* ; ce pouvait être un usurpateur en

[1] Cic., *Top.*, 4, 18 : Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari ; adiungitur enim ut secundum servorum, secundum exsulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari. Sur ce texte, voy. De Caqueray, pp. 29 et sqq. ; Karlowa, *Die Formen der römischen Ehe und Manus*, p. 105 ; Cohn, *Ueber die Testirfähigkeit der Frauen nach klassischem Recht. Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*. I. 1878, p. 5 ; Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, I, 1909, pp. 43-46. Cf. Cic., *Top.*, 11, 50 : Ab adiunctis autem posui equidem exemplum paullo ante, multa adiungi, quae suscipienda essent, si statuissemus ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessionem dari, quas is instituisset, cui testamenti factio nulla esset. Ce sont les termes mêmes de la lettre à Trebatius.

[2] Cf. Cic., *Ep. ad Att.*, XV, 23 et 24.

[3] Le texte des *Topiques*, 4, 18, n'est donc pas, comme le croit M. H. Krueger *(Geschichte der capitis deminutio*, I, 1887, p. 13), un *selbstgebildetes Beispiel :* il est certainement cité (de mémoire : cf. Cic., *Top.*, 1, 5) d'après Servius ou Ofilius. Sur les rapports entre la lettre à Trebatius et ce passage des Topiques, voy. Huschke, *De caussa Siliana*, pp. 21 ; 22-23.

[4] Lenel, *Edit perpétuel*, tr. Peltier, II (1903), p. 195 : *Edictum*[2], p. 436 : Girard, *Manuel*[5], p. 908.

train d'usucaper *pro herede*. Cicéron avait pu se demander un instant si l'héritier ne pouvait agir contre lui par l'action *furti* : et c'est ainsi qu'avait pu naître la discussion dont la lettre VII, 22, nous rapporte l'écho.

En résumé, le texte de Cicéron que nous avons transcrit et analysé atteste que Sex. Ælius, M' Manilius et Iunius Brutus résolvaient dans un sens opposé à celui qu'a fait prévaloir Q. Mucius Scaevola une question qui peut être soit celle de la transmissibilité active de l'action *furti*, soit, plus probablement, celle du *furtum* portant sur des choses héréditaires.

3

Ce n'est pas la première fois que nous rencontrons les noms de M' Manilius et Iunius Brutus à propos d'une controverse sur le *furtum*. Nous savons déjà que ces prudents avaient discuté avec P. Mucius Scaevola sur la rétroactivité de la loi Atinia [1]. Nous avons eu à nous occuper à diverses reprises du premier d'entre eux [2]. Quant aux deux autres, nous allons les retrouver.

Un texte d'Aulu-Gelle établit en effet que M. Junius Brutus ne s'était pas borné à traiter les deux questions touchant la doctrine du *furtum* auxquelles nous l'avons trouvé mêlé jusqu'à présent, mais qu'il avait aussi recueilli certaines décisions de jurisprudence sur la même matière.

Aulu-Gelle, *N. A.*, VI (VII), 15 :

1. Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnatum esse qui iumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat. 2. Itaque Q. Scaevola in librorum quos de iure civili composuit XVI, verba haec posuit : « Quod eu servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit » [3].

[1] *Supra*, pp. 259 et sqq.

[2] *Supra*, pp. 250 et sqq., 266, 273 et sqq.

[3] Ed. Hosius I, pp. 269-270; Heschke-Krueger I², pp. 60 et 17; Baron I, p. 83, 6, p. 97, 1; II, p. 80, 1. Sur les sources de ce fragment, voy. Sassi, *Zur Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, p. 40 s. 62.

Labéon, au deuxième livre de sa monographie sur les XII Tables, avait vivement critiqué la jurisprudence ancienne en matière de *furtum;* il lui avait reproché sa barbarie et son excessive rigueur. A l'appui de sa critique, il avait cité des jugements qu'aimait à rappeler Junius Brutus. Ce jurisconsulte racontait, en effet, qu'on avait puni comme *furtum* le fait, par l'emprunteur d'une bête de trait ou de somme, de la mener ailleurs ou de l'emmener plus loin que le prêteur ne l'avait permis. C'est en se basant sur cette jurisprudence que Q. Mucius avait formulé, au livre XVI de son *Traité de droit civil*, la règle suivante : « Si un dépositaire se sert de la chose déposée, ou si un emprunteur emploie la chose prêtée à autre chose que ce qui était convenu avec le prêteur, il commet un *furtum.* »

Aulu-Gelle a pris tout ce passage dans le commentaire de Labéon sur les Douze Tables[1], qu'il connaissait bien, et dont il a fait plusieurs autres extraits[2]. Sans doute, il y a pris la citation de Q. Mucius Scaevola elle-même, qui est faite de seconde main. Reste à savoir seulement comment Labéon connaissait les dires de J. Brutus. Avait-il lu quelque œuvre de ce prudent, ou se bornait-il à reproduire une assertion de Q. Mucius? La deuxième idée s'impose, puisqu'il résulte du texte qu'il ne rapporte qu'une tradition orale *(Brutum solitum dicere).* Labéon avait donc cité Brutus d'après Q. Mucius; et, comme une tradition orale suppose au moins un intermédiaire entre Brutus et Q. Mucius, nous devons intercaler ici P. Mucius Scaevola, contemporain de Brutus, père et inspirateur de Q. Mucius. La filiation de la tradition jusqu'à Aulu-Gelle peut se résumer dans le tableau suivant :

Junius Brutus,
P. Mucius Scaevola (tradition orale);
Q. Mucius Scaevola *(libri iuris civilis);*
M. Antistius Labeo *(libri de duodecim tabulis);*
Aulus Gellius.

Labéon critiquait toute une jurisprudence *(: iudicia);* Q. Mucius,

[1] Nettleship, *The Noctes Atticae of Aulus Gellius (American Journal of philology*, IV (1883), pp. 391 et sqq.; Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des Aulus Gellius. Hinterlassene Schriften*, I, p. 48, n. 103; Mercklin, p. 648; Ruske, pp. 64 et 66; Hosius, p. xxxvi.

[2] Gell., *N. A.*, I, 12, 18; XX, 1, 13. Cf. Dirksen, *l. c.*, p. 62.

dans sa *regula*, prévoyait au moins deux cas : celui du dépositaire et celui du commodataire ; Brutus signalait au moins deux arrêts : l'un s'appliquant au fait de « *iumentum aliorsum ducere...* », l'autre au fait de « *iumentum longius producere...* ». D'autres sources se réfèrent, semble-t-il, à l'un de ces arrêts seulement. Elles ajoutent à la tradition des précisions importantes. Il convient de les examiner de près.

Dans le chapitre des *Factorum dictorumque memorabilium libri IX* qu'il consacre à quelques *privata iudicia* notables[1], Valère Maxime relate un jugement qui avait fait, dit-il, beaucoup de bruit en son temps.

Val. Maximus, VIII, 2, 4 :

Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, qui equo, cuius usus illi Ariciam[2] conmodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset. Quid aliud hoc loci quam verecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur?

Ce procès sensationnel s'identifie probablement avec le second de ceux que citait Brutus. Mais l'information de Valère Maxime ne double pas celle de Labéon. Le juriste néglige le détail de l'anecdote, pour dégager en termes techniques abstraits les traits essentiels d'une décision jurisprudentielle. L'historien au contraire, plus curieux de pittoresque, conserve à l'espèce son caractère concret. Ainsi Labéon parle d'une bête de somme ou de trait qu'on emmène (*: qui iumentum... produxerat*) ; Valère Maxime parle d'un cheval (*: quod equo...*) sur lequel on monte (*: ... vectus esset*). Pour désigner l'indélicatesse commise par l'emprunteur, Labéon emploie une formule compréhensive (*: longius quam in quem locum petierat*) ; Valère-Maxime, au contraire, nous instruit des principales démarches du défendeur. Celui-ci avait emprunté un cheval de selle pour aller jusqu'à Aricia. Cette petite ville (aujourd'hui Ariccia), située au sud-est de Rome, était la première étape de poste sur la Via Appia[3] ; il était naturel qu'on prêtât un cheval jusque là, et

[1] Val. Max., *Factorum et dictorum memorabilium libri novem*, éd. C. Halm, Lipsiae, 1865.

[2] L'*Epitome* de Julius Paris porte ici *usque Ariciam*.

[3] Sur Aricia, voir *supra*, pp. 264 et sqq. Dessau, dans *C. I. L.*, XIV, pp. 203-204 ; *Thesaurus linguae latinae*, V° *Aricia*, II, col. 562-563.

jusque là seulement, à un voyageur se rendant en Campanie. Mais l'emprunteur indélicat avait eu le tort de conserver le cheval pour franchir la grande côte, fort connue des Romains *(Clivus Aricinus*[1] ou *Clivus Virbii*[2]), qui commençait aussitôt après la sortie de la ville. — Tous ces détails, que Labéon négligeait, Valère Maxime nous les rapporte. Remarquons aussi que, tandis que le juriste critique vigoureusement la jurisprudence qu'il relate, l'historien approuve et admire cette même jurisprudence. « Comment ne pas louer ici, dit-il, les scrupules d'un siècle qui punissait de si menues indélicatesses[3]? »

La même note laudative se retrouve dans une lettre de Symmaque à Alypius (vers 395-397).

Symmach., *Epist.*, VII, 69, 1 :

Tradiderunt memoriae, qui res priscas locuti sunt, in iudicium quendam voca<tum fur>ti[4], quod Aricia tenus precarium de amico cantherium mutuatus ulterioris clivi ardua praeterisset. Fuerit haec parsimonia et diligentia pauperis saeculi, ut praetervectus decretum locum commisisse in amicitiam diceretur; at ego non vereor iumenta, quae dederas, demoratus, ne in tantis fortunae tuae copiis et animi benevolentia usurpationis arcessar[5].

On retrouve ici visiblement la même tradition que chez Valère Maxime, bien qu'un peu déformée par l'emploi d'une langue moins ferme, moins précise au point de vue juridique[6], et qui sent sa basse époque. Mais les détails de l'anecdote concordent suffisamment[7].

Ainsi nous possédons sur le même procès deux traditions : l'une

[1] Martial., 12, 32.

[2] Pers., VI, 55. Cette côte était, paraît-il, le rendez-vous des mendiants du pays. Martial., 2, 19; Juv., 4, 117.

[3] Sur cette tendance de Valère Maxime, voy. Krieger, *Quibus fontibus Valerius Maximus usus sit in eis exemplis enarrandis, quae ad priora rerum Romanarum tempora pertinent*. Diss. Berlin, 1888, p. 8.

[4] Restitution de Seeck. Les manuscrits portent *vocati*.

[5] Q. Aurelius Symmachus, ed. Seeck (*Monum. Germ. Hist.*, *Auct. antiquiss.*, VI, 1, Berolini, 1883), p. 196.

[6] Relevons : 1° l'emploi inexact de *mutuari*, au lieu de *commodare*, pour un prêt à usage; 2° l'emploi de la singulière expression *in iudicium vocare* (si tant est que la restitution de Seeck doive prévaloir).

[7] Sauf en ce qui concerne la condamnation, que Symmaque ne mentionne pas.

recueillie par Labéon et remontant jusqu'à J. Brutus, l'autre recueillie par Valère Maxime et Symmaque. Ces deux traditions ont-elles des sources indépendantes? Nous ne le croyons pas, car un texte de Gaius se rattache à la fois à l'une et à l'autre, et les fond dans un même contexte.

Gaius, *Inst.*, III, 196 :

Si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit, ... veluti... si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit ; quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset[1].

Nous retrouvons ici la terminologie de Labéon *(= longius... ducere)* ; mais nous y retrouvons aussi celle de Valère Maxime, puisque Gaius spécifie qu'il s'agit d'un commodat, et que l'animal prêté est un cheval de selle *(= equus gestandi gratia commodatus)*[2]. De plus, la fin du passage indique que les *veteres* traitaient comme voleur l'emprunteur qui avait contre le gré du prêteur mené le cheval prêté *in aciem*, c'est-à-dire au combat. Les mots *in aciem*, comme l'a déjà supposé Polenaar[3], proviennent probablement d'une méprise : car conduire un cheval au combat contre le gré de son maître, ce n'est pas nécessairement le conduire à une distance plus grande *(= longius)* que le maître n'avait permis[4]. Le développement *quod veteres scripserunt...* ne cadre donc pas avec ce qui précède. Les *veteres* avaient écrit *usque Ariciam*. Mais ce nom propre n'a plus été compris par les auteurs classiques, si même il n'y a pas là une bévue de copiste. Toutefois la méprise doit remonter plus haut

[1] Cf., presque dans les mêmes termes, Just., *Inst.*, IV, 1, 6 : Si... is apud quem res deposita est, ea re utatur ... furtum committit, veluti... si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. Voy. aussi *Gai Institutionum Epitome*, II, 10, 5 : Praeterea si quis iumentum alterius ad hoc accepit ut eam quinque milibus duceret et id decem milibus, aut longius, quam ab illo, qui dedit, fuerit constitutum, abegerit, furti reus est.

[2] Même amalgame chez Paul., *l. IX ad Sabin.*, *Dig.*, 47, 2, fr. 40 : Qui iumenta sibi commodata longius duxerit..., furtum facit.

[3] Polenaar, *Syntagma institutionum novum*, Lexde, 1879, sous Gaius, III, 196.

[4] A moins de donner au mot *longius* un sens figuré totalement étranger aux *veteres*. Ajoutons que la méprise est soulignée par l'omission, chez Gaius, du régime de *perduxisset*. Les *Institutes* de Justinien ont dû rétablir ici le régime *equum* (IV, 1, 6).

que Gaius[1], et c'est pourquoi il n'y a pas lieu de corriger son texte[2].

Nous sommes donc amenés à penser que la tradition recueillie par Labéon et la tradition recueillie par Valère Maxime se rattachent à une source unique, dont Gaius s'est inspiré directement ou indirectement. Cette source s'identifie facilement, puisqu'elle figure nécessairement parmi celles où a puisé Labéon : nous ne pouvons donc penser qu'aux *libri iuris civilis* de Q. Mucius Scaevola. Sans doute Q. Mucius citait, après les formules générales qu'aimait à répéter J. Brutus, l'arrêt rendu dans l'espèce du cheval prêté *usque Ariciam*. C'est de son traité de droit civil que l'anecdote a été extraite pour passer dans la littérature postérieure.

Reste à se demander si Valère Maxime l'en a tirée directement. Nous penchons pour la négative : il ne paraît pas[3] que Valère Maxime ait jamais eu entre les mains les œuvres de Q. Mucius. Il a donc puisé dans quelque auteur qui avait déjà fait des extraits de Q. Mucius. Cet auteur n'est pas Labéon : le ton critique du juriste contraste trop vivement avec le ton laudatif et bénisseur de l'historien ; et nul ne s'étonnera de voir Labéon, esprit généralisateur, ne retenir de l'exposé de Q. Mucius que les formules les plus larges, et négliger l'exemple concret qui les illustrait[4]. On peut supposer bien plutôt que l'anecdote avait été recueillie par quelque archéologue collectionneur de curiosités juridiques[5]. On songe notam-

[1] Nous croyons que Julien l'avait déjà commise; mais il avait remplacé l'expression typique *in aciem* par l'expression *ad bellum*, plus conforme aux usages de son temps. Ulpian., *l. XXVIII ad ed. Dig.*, 13, 6, fr. 5, §§ 7 et 8 : Si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis... Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro XI digestorum scripsit... Etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.

[2] Comme le fait à tort Polenaar, *l° c°*, qui propose la leçon *uls Ariciam*.

[3] Cf. Elschner, *Quaestiones Valerianae*, Diss. Berlin, 1864, p. 32.

[4] Si Labéon avait cité le procès du cheval prêté *usque Ariciam*, nul doute qu'Aulu-Gelle, amateur comme il l'était de traits pittoresques, ne l'eût mentionné dans sa compilation.

[5] Coelius Antipater, juriste et historien (Cic., *Brutus*, 26, 102; Pomp., *Dig.*, 1, 2, fr. 2, 40), dont Valère Maxime s'est parfois inspiré (Krantz, *Beiträge zur Quellenkritik des Valerius Maximus*, Progr. Posen, 1876, p. 23), et auquel on pourrait penser d'abord, est exclu par ce fait qu'il vivait avant la rédaction des *libri iuris civilis* de Q. Mucius. Contemporain de Fannius (cos. 632 = 122) (Cic., *De leg.*, 1,

ment à Varron, qui a inspiré Valère Maxime à d'autres places[1], et qui, nous le savons, a souvent cité Q. Mucius[2], dont il avait peut-être suivi l'enseignement oral[3]. Si cette conjecture, — qui se défend d'être autre chose qu'une conjecture, — se trouvait vérifiée, la filiation de la tradition recueillie par Valère Maxime serait la suivante :

Junius Brutus ;
P. Mucius Scaevola (tradition orale) ;
Q. Mucius Scaevola *(libri iuris civilis)*;
M. Terentius Varro (?) ;
(V. Flaccus ??) ;
V. Maximus.

Quant aux intermédiaires qui ont pu transmettre la tradition de Q. Mucius à Gaius, nous ne pourrons tenter de les déterminer qu'après avoir étudié dans leur ensemble les sources des paragraphes 183 à 209 du livre III des Institutes de Gaius.

4

Tels sont, à notre connaissance, les seuls témoignages sur le *furtum* qui nous fassent remonter aux jurisconsultes du VIe siècle et

2. 61, et maître de L. Crassus (Cic., *Brutus* 26, 102), il appartenait à la génération précédente de celle de Q. Mucius (cos. 659 = 95). — On pourrait plutôt songer à Cicéron. Voy. Thorbecke, *De Valerio Maximo et Cicerone quaestiones criticae*, Göttingen, 1902 (notamment p. 89, pour Val. Max., VIII, 2, 1); Krueger, *op. cit.*, pp. 24-27.

1 Kranz, *Beiträge* p. 19; Krueger, *l. c.*, pp. 27 et sqq.; Schanz, II, 2^a, 1913, p. 267 δ; Teuffel-Kroll-Skutsch^6, II, pp. 198-199.

2 Varron cite expressément Q. Mucius à plusieurs reprises dans son *De Lingua Latina* (V, 15, 83; VI, 4, 30; VII, 5, 105 : définition du *nexum*, dans laquelle il emprunte sans doute à Q. Mucius sa citation de M' Manilius); il devait le citer aussi dans ses *Rerum humanarum lib. XLI*. Ainsi la mention du *responsum* de Q. Mucius sur l'*usurpatio trinoctii*, faite par Aulu-Gelle (*N. A.*, III, 2, 12-13, et, d'après lui, par Macrob., *Sat.*, I, 3, 9) est visiblement empruntée aux *Res Humanae* de Varron, dont la référence est donnée peu auparavant (III, 2, 2). En ce sens Dirksen, *l. c.*, p. 50; Rudorff, pp. 21-64; Nettleship, p. 265; Hosius, I, p. XXIX, 5, et les citations.

3 Varron contemporain de Q. Mucius, puisqu'il était né en 638 (= 116), et que Q. Mucius mourut en 672 (= 82), mais plus jeune que lui, avait pu entendre ce jurisconsulte, et il semble bien qu'il ait recueilli de sa bouche le *responsum* indiqué dans la note précédente : il nous apprend en effet que Q. Mucius avait coutume de l'énoncer « *solitum dicere* ». Aussi Brimer, I, p. 81, et Huschke-Seckel-Kübler, I, p. 18, ont-ils tort d'insérer le passage dans les *libri iuris civilis* de Q. Mucius, où il n'a peut-être jamais figuré.

du début du VIIe. Ces témoignages autorisent des conclusions qui ne manquent pas d'intérêt, soit en ce qui concerne le fond de la théorie à laquelle ils touchent, soit en ce qui concerne la genèse des sources par lesquelles ils nous sont transmis.

Quant au fond, il est intéressant de constater que Sex. Ælius, M' Manilius, J. Brutus, Q. Mucius Scaevola, c'est-à-dire les plus anciens parmi les prudents dont nous connaissons autre chose que le nom, se sont largement occupés de la théorie du *furtum*. Ils en ont traité plusieurs points de détail, tels que ceux qui concernent la rétroactivité de la loi Atinia, le vol des choses héréditaires (ou la transmissibilité active de l'action *furti)* et le *furtum usus :* ce qui permet de penser que, dès leur époque, la théorie était touffue et complexe. On remarquera que le *furtum* tient, dans les fragments de leur œuvre qui sont parvenus jusqu'à nous, une place proportionnellement fort large[1].

Quant aux sources, il n'est pas indifférent de noter que tout ce que nous savons de la doctrine de Sex. Ælius, M' Manilius et J. Brutus sur le *furtum* nous est parvenu par l'intermédiaire de Q. Mucius Scaevola. Rien ne prouve que les trois vieux jurisconsultes aient laissé quelque œuvre écrite sur la matière. Leurs propos ont été transmis oralement par P. Mucius à son fils Q. Mucius, qui paraît les avoir pour la première fois fixés par écrit.

[1] Dans le recueil de Huschke-Seckel-Kuebler, sur 3 fragments de Sex. Ælius, il y en a 1 sur le *furtum*; sur 11 fragments de M' Manilius, 2 sur le *furtum;* sur 7 fragments de J. Brutus, 3 sur le *furtum;* enfin, sur 8 fragments de P. Mucius, 1 sur le *furtum*. La proportion est à peu près la même dans le recueil de Bremer (Sex. Ælius : 1 sur 6; J. Brutus : 3 sur 11; M' Manilius : 2 sur 11; P. Mucius, 1 sur 9).

CHAPITRE IX

Q. MUCIUS SCAEVOLA

§ 1. Première apparition de la règle *Furti agere potest is, cuius interest rem non subripi* (*Dig.*, 47, 2, fr. 77, 1). — § 2. Ce texte implique que la *condictio ex causa furtiva* ne sanctionnait pas encore la *subreptio*. La *condictio ex causa furtiva* et la *condictio ex iniusta causa*. — § 3. La *condictio ex causa furtiva* sanctionne le *furtum* sans soustraction. — § 4. La légitimation active de l'action *furti* chez Q. Mucius. — § 5. Textes relatifs à l'interprétation de la loi Atinia.

Après S. Ælius, M. Iunius Brutus, M' Manilius et P. Mucius Scaevola, le premier jurisconsulte qui ait, à notre connaissance, touché à la théorie du *furtum* est Q. Mucius Scaevola (fils de P. Mucius), qui fut consul en 659 (= 95), et mourut en 672 (= 82).

Nous savons qu'il avait consacré au *furtum* d'importants développements dans ses *Libri iuris civilis*, spécialement au livre XVI de cet ouvrage [1], qui en comprenait dix-huit. Nous savons aussi qu'il y avait souvent utilisé les travaux de ses devanciers, mais que, quoique traditionnaliste, il ne s'était pas borné à un rôle de compilateur. Il avait mis en œuvre les matériaux réunis. Tantôt il avait généralisé et systématisé [2], en formulant des *regulae* abstraites, les solutions admises pour des cas concrets par ses prédécesseurs : c'est ainsi que, des solutions jurisprudentielles recueillies par Brutus, il avait tiré un précepte général sur le *furtum usus* [3]. Tantôt même il avait

[1] D'après Gell., *N. A.*, VI, 15, 2. *Supra*, p. 329. Voy. Lenel, *Das Sabinussystem* (*Festgabe für Jhering*, Strassburg, 1892), p. 11.

[2] Toutefois il ne semble pas qu'il eût été jusqu'à classer les règles préexistantes sur la matière du *furtum*. La classification quadripartite des *genera furtorum* a pour auteur Servius Sulpicius (*Infra*, c. XII, § 1) ; quant à la distinction du *furtum rei* et du *furtum usus*, qu'on pourrait être tenté de lui attribuer (Cf. Unger-Gomel, *Zur Geschichte der sobeyanuten Realcontrakte*, Marburg et Leipzig, 1870, p. 37), il ne paraît pas qu'il ait songé à la formuler. Car, pour lui sans doute comme pour tous les *veteres*, le *furtum usus* est un *furtum ipsius rei* (*Infra*, § 3, p. 347).

[3] Gell., *N. A.*, VI, 15, 2.

critiqué les solutions anciennes et en avait proposé de nouvelles : c'est ainsi qu'il avait résolu dans un sens opposé à S. Ælius, Brutus et Manilius, la controverse sur la question de savoir « possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere[1] ».

En outre, Q. Mucius avait beaucoup ajouté de son fonds au fonds ancien qui lui avait été transmis. Malheureusement nous arrivons difficilement à discerner son apport personnel : car son œuvre ne nous est parvenue qu'enchâssée dans le commentaire de Pomponius *(Libri XXXIX ad Q. Mucium)*. Ce dernier traite, dans son livre XXXVIII, la matière du *furtum*, que Q. Mucius traitait dans son livre XVI, et il est hasardeux de décider si telle ou telle formule remonte à Q. Mucius ou provient de son commentateur. Cela explique pourquoi, en dehors des fragments précédemment cités, nous ne possédons sur le *furtum* qu'un seul témoignage, d'ailleurs fort important, qui soit sûrement de Q. Mucius.

1

Ce témoignage est cité par Pomponius *(l. XXXVIII ad Quintum Mucium)*, qui l'a vraisemblablement tiré des *Libri iuris civilis* de son auteur.

Si quis alteri furtum fecerit, et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. Haec Quintus Mucius refert et vera sunt[2].

Pierre a soustrait à Paul son cheval. Jacques à son tour soustrait ce même cheval à Pierre. Qui peut intenter l'action *furti* contre Jacques? C'est Paul, propriétaire du cheval, mais non Pierre. Pourquoi? Parce que l'action *furti* ne compète qu'à la personne *cuius interest id quod subreptum est salvum esse*. Or c'est le *dominus*, non le *prior fur*, qui est intéressé à la conservation de la chose. Donc, c'est le *dominus*, non le *prior fur*, qui peut agir *furti*.

Le fragment tout entier paraît appartenir à Q. Mucius (= *Haec Quintus Mucius refert)*; il est correct et ne donne pas de prise

[1] Cic., *Ad fam.*, VII, 22. *Supra*, p. 320.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 77, 1; Lenel, *Paling.*, II, c. 78, n° 322; Bremer, I, p. 98, n° 2[b]. Cf. *Basil.*, 60, 12, 76, 1 et sch. 7-9.

sérieuse au soupçon d'interpolation[1] ; bien plus, l'emploi de la forme *id quod subreptum est* (au lieu de *res subrepta*), empruntée à la terminologie de la loi Atinia[2], semble garantir son authenticité.

C'est en effet à la *subreptio* prévue par la loi Atinia, et à elle seule, que le texte se rapporte (= id quod subripuit alius ab eo subripuit... ; id quod subreptum est). Les règles qu'il applique ne touchent donc qu'aux *furta propria* qui tombent sous le coup de la loi Atinia et ne peuvent constituer pour les voleurs des causes d'acquisition. Elles ne touchent pas aux *furta impropria*. Cette observation, que personne à notre connaissance n'a faite, nous paraît importante.

Cela posé, le témoignage de Q. Mucius autorise deux conclusions :

A. — Une conclusion positive : dès le temps de Q. Mucius, on admet, au cas de *subreptio*, que l'action *furti* appartient à toute personne, propriétaire ou non, intéressée à la sauvegarde de la chose soustraite[3]. Cette règle, qui s'est maintenue en droit classique, non sans changer d'ailleurs de sens et d'expression[4], et qu'admet encore

[1] Pampaloni *Furto di possesso e furto di uso. Studi sopra il delitto di furto*, I, 1894, p. 155) croit, il est vrai, que les compilateurs ont interpolé les mots *ideo quod domini interfuit... salvum esset* C'est là une supposition peu admissible que ne vient confirmer aucun criterium externe d'interpolation. Mr Pampaloni n'est conduit à l'admettre que parce qu'il croit que la règle *Furti agere potest is cuius interest rem salvam esse* ne s'appliquait qu'aux détenteurs tenus de la *custodia*, mais non au *dominus*. C'est Justinien seulement qui, consacrant un principe déjà admis cependant par Gaius (*Inst.*, III, 203 : ...nec domino aliter competit quam si eius intersit rem non perire), aurait introduit cette idée dans plusieurs textes, notamment dans le nôtre. Voy. en sens opposé Karlowa *Röm. R. G.*, II, p. 782, 2; Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, R. A., XXXII (1911), p. 28, 3.

[2] *Supra*, p. 259.

[3] Mais non à toute personne intéressée à agir. Les textes ne supposent pas, comme le prétend Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 144, un précepte : *Is cuius interest agat.*

[4] La forme la plus ancienne de la règle est probablement celle qui vise exclusivement la *subreptio*. Ainsi l'on trouve, outre la formule attribuée à Q. Mucius, une formule équivalente, mais un peu plus ramassée, qui peut venir des *veteres* par l'intermédiaire de Sabinus : *Furti agere potest is, cuius interest rem non subripi* (Ulpian., *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 10; fr. 12, 1; Labeo, *l. XI ex Cassio. Dig.*, 47, 2, fr. 72 (71), 1. Les formules qui parlent de *rem non perire* ou *rem salvam esse* (p. ex. *Coll.*, III, 5, 4; *Dig.*, 47, 2, fr. 14, 10; Gaius, III, 203; *Dig.*, 47, 2, fr. 49, pr., etc.) correspondent à un élargissement de la règle, et doivent être plus récentes. La formule employée par Julien (citée par Paul, *Dig.*, 47, 2, fr. 54 (53), 4) se rapporte à la *subreptio*, mais est plus explicite que la formule des *veteres* : Si ex donatione alterius rem meam teneas et eam subripiam, ita demum furti te agere mecum posse Iulianus ait, si intersit tua retinere possessionem...

Justinien[1], a-t-elle été élaborée par Q. Mucius, ou l'a-t-il trouvée formulée par la doctrine ou la jurisprudence antérieure ? Nous l'ignorons[2].

B. — Une conclusion négative : La *condictio, ex furtiva causa* n'existait pas encore, pour le *furtum proprium*, au temps où fut écrit notre texte, c'est-à-dire vers le deuxième tiers du VIIe siècle U. C.[3]. A supposer qu'une *condictio* existât pour répéter l'objet d'un vol avec soustraction, cette *condictio* n'appliquait pas encore la règle *Fur semper moram facere videtur*, qui constitue le trait le plus caractéristique de la *condictio ex causa furtiva*, et, par conséquent, ce n'était pas une *condictio ex causa furtiva*. Cette conclusion n'est pas formulée par Q. Mucius, mais elle ressort de la justification dont il appuie sa solution. Examinons cette justification. Q. Mucius refuse au *prior fur* l'action *furti* parce qu'il n'a pas d'intérêt à la sauvegarde de la chose (*quod domini interfuit, non prioris furis...*) Comment entendre ces mots? Evidemment comme les entendaient les jurisconsultes classiques, c'est-à-dire en se plaçant au point de vue du *damnum emergens* et non du *lucrum cessans* : « Interesse autem eius videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset[4] » : car, si l'on tenait compte ici du *lucrum cessans*, il est trop évident que le *prior fur* aurait intérêt à exercer l'action *furti*. Mais, même en admettant cette interprétation, toute difficulté n'est pas écartée. Car on peut encore se demander si, en privant le *prior fur* de l'action *furti*, on l'expose seulement à manquer un gain, et non à subir une perte? En droit classique, une réponse négative s'impose : le *prior fur*, même

[1] Just., *Inst.*, IV, 1, 13.

[2] Pour Pernice, *Labeo*, II, I², p. 444, le principe a été dégagé par la jurisprudence. L'ancienne *vindicatio* de l'actio *furti* ne spécifiait pas que le demandeur dût être propriétaire de la chose volée. Aussi fallait-il, dans chaque affaire, que le *iudex* tranchât la question de savoir si le demandeur était qualifié pour agir *furti*. C'est en généralisant ces solutions d'espèce qu'on aurait dégagé la règle : Furti actio ei competit cuius interest rem non subripi. Des règles analogues auraient été dégagées de la même façon pour l'exercice de l'action *ad exhibendum* et de l'interdit *quod vi aut clam* (Pernice, *l° c°*, p. 444, 2). Mais voy., pour l'action *ad exhibendum*, Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, 1910, pp. 1 et sqq.

[3] Les *Libri iuris civilis* de Q. Mucius se placent nécessairement avant la mort de ce dernier (672 = 82).

[4] Iavolenus, *l. XV ex Cassio. Dig.*, 47, 2, fr. 72, 1. Mr Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 152, n. 56, croit aussi ces mots interpolés.

dépossédé, reste débiteur de la valeur de la chose par la *condictio ex furtiva causa;* la perte de la chose ne le libère pas, car il est considéré comme en demeure par le fait même du délit commis, et répond des cas fortuits, y compris le vol ; en vertu de l'obligation de *custodia* qui pèse ainsi sur lui, il lutte non seulement *de lucro captando*, mais aussi *de damno vitando*.

Cette difficulté n'a pas échappé à Pomponius, qui, après avoir rapporté et approuvé la doctrine de Q. Mucius, ajoute l'éclaircissement suivant :

Nam, licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo (= *sc.* cum fure posteriore) is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest[1].

Pomponius reconnaît donc que le raisonnement de Q. Mucius manque son but, et il lui en substitue un autre : pour lui, l'action *furti* contre le *fur posterior* n'appartient qu'à celui qui détenait la chose *ex honesta causa*[2]. Des deux *causae* en présence, — la *causa* du *prior fur*, et la *causa honesta* du volé, — on préfère la seconde. Nous n'avons pas à insister sur cette nouvelle argumentation, étrangère à Q. Mucius. Mais nous devons rendre compte du désaccord qui séparait les deux prudents. Puisque nous ne pouvons imputer au vieux jurisconsulte une bévue qui mettrait à néant toute espèce de raisonnement, nous sommes amenés à croire que le désaccord a une explication historique. Sans doute le commentateur interprète-t'il le texte commenté à la lumière de principes juridiques encore inconnus de Q. Mucius. Mais, replacée à sa date d'origine, l'argumentation de Q. Mucius reste inattaquable, dès qu'on admet que le *prior fur* n'était pas exposé ici à la *condictio ex furtiva causa*.

2

Eclaircissons ce point.

Notre texte peut s'expliquer de deux façons :

1° Ou bien, au temps de Q. Mucius, on refuse au volé toute espèce de *condictio* pour réclamer une *res subrepta* : sans doute

[1] Mc Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 155, croit aussi à l'interpolation de ce passage.

[2] Paul., *l. IX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 11 : Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest. Desjardins, *Traité du vol*, p. 168; Sanio, *Zur Gesch. d. rom. Rechtswissenschaft*, p. 47, n. 80.

estime-t-on, du moment où la loi Atinia interdit l'usucapion de la *res subrepta*, que la revendication suffit à protéger le volé [1].

2° Ou bien, si l'on accorde au volé une *condictio*, cette *condictio* ne se donne que contre le *subripiens* qui possède, et elle ne permet de réclamer la chose que dans l'état où elle se trouve alors entre ses mains. Cette *condictio* ne se confond donc aucunement avec la *condictio ex causa furtiva* classique, puisqu'elle n'atteint pas le *subripiens* dépossédé (par exemple celui entre les mains de qui la chose a péri, par exemple le voleur volé, comme dans notre texte), et sans doute aussi puisqu'elle ne permet pas d'obtenir du voleur la plus haute valeur que la chose ait atteinte après la soustraction. On rattache, on le sait, ces traits caractéristiques de la *condictio ex causa furtiva* classique, à ce qu'on regarde le voleur comme étant en demeure par le fait même du vol : *fur semper moram facere videtur*. Le témoignage de Q. Mucius établit que, si une *condictio* se donne contre le *subripiens*, elle ne comporte pas l'application de la règle *Fur semper moram facere videtur*, et ce n'est point une *condictio ex causa furtiva*.

Laquelle de ces deux explications devons-nous adopter? Le texte de Q. Mucius ne nous fournit aucune raison de choisir. Mais nous possédons un autre texte, malheureusement fort énigmatique, qui se rapporte à la question. C'est un texte d'Ulpien qui relate une décision de Mas. Sabinus.

Ulpien *(l. XVIII ad Sabinum)* :

Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici [2].

[1] L'espèce d'opposition que nous prétendons exister entre la *condictio* et a revendication est attestée clairement par divers témoignages que nous retrouverons, entre autres, par celui de Proculus, *l. VII epistularum. Dig.*, 12, 6, fr. 53 : Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det : servo ignorante id testamentum non valere data sunt mihi decem : quaeritur, quis repetere potest. Proculus respondit : si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non esset, manent nummi domini eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet. Si autem alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei, eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest : sed tam benignius quam utilius est recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere. (La dernière phrase est interpolée, comme l'admet Mr Krueger, après le président Favre.)

[2] *Dig.*, 12, 5, fr. 6. Lenel, *Palingenesia*, II, c. 1075, n° 2591 ; Bremer, II, 1, p. 526; II, 2, p. 514. Cf. *Basil.*, 24, 2, 6.

Ce fragment très court a souvent été cité, souvent commenté[1] : il a servi de point de départ à des théories dominant toute l'histoire de la *condictio*[2]. Pour l'élucider, dans la mesure où cela nous est utile, il convient avant tout, croyons-nous, de fixer son rang chronologique par rapport aux textes contemporains, et de scruter attentivement les termes qu'il emploie.

1° Sabinus approuvait une opinion des *veteres*. Quels jurisconsultes désignait-il de ce nom? Nous croyons, — et nous insisterons sur ce point[3], — que l'expression *veteres*, quand elle sort de la plume de Sabinus, ne s'applique qu'aux jurisconsultes antérieurs à l'école de Servius Sulpicius. Q. Mucius devait se ranger parmi les *veteres* que Sabinus mentionnait ici[4].

2° Sabinus, en citant les *veteres*, ne leur attribuait pas un système qui eût passé d'emblée et tout entier dans la pratique. Il parlait seulement d'une *opinio* professée par des jurisconsultes qui estimaient (= *existimantium*) que la *condictio* pouvait se donner. Ulpien prête même à Sabinus des expressions qui, quoique un peu ambiguës, permettent de penser que les *veteres* n'acceptaient pas unanimement l'*opinio* en question. Faut-il traduire : l'*opinion (de ceux) des veteres qui estimaient*..., ou bien : l'*opinion des veteres (en général), qui estimaient*... ? Avons-nous dans *veterum* un génitif partitif ou un génitif du sujet ?

La première interprétation semble préférable grammaticalement ;

[1] Bekker, *Aktionen*, I, p. 104 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, 1896, pp. 101 et sqq. ; Von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, I, 1903, pp. 12 et sqq. ; 23 et sqq. ; II, 1907, p. 35 ; R. von Mayr, *Die Condictio des römischen Privatrechtes*, Leipzig, 1900, p. 124 ; H. Krueger, *Z. Sav. Stift.*, XXI (1900), R. A., p. 421 ; Perusch, *Die Bereicherungsklagen*, Wien, 1883, p. 48 ; Pelleger, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo*, Leipzig, 1904, p. 58 ; Freudenthal, *Zur Entwicklungsgeschichte der römischen Condictio*, 1911, p. 15, etc.

[2] Girard, *Manuel*[8], p. 615, 3.

[3] *Infra*, c. X, § 1. Mentionnons seulement pour mémoire l'opinion de M. Von Mayr, *op. cit.*, pp. 124-125, pour qui Sabinus se comprendrait lui-même au parmi les *veteres*.

[4] Ajoutons que Q. Mucius paraît avoir perfectionné la pratique de la *condictio* en déterminant sa sphère d'application (Pomponius, *l.* XXVII *ad Q. Mucium*, *Dig.*, 12, 6, fr. 52 ; Pomponius, *l.* V *ad Q. Mucium*, *Dig.*, 12, 6, fr. 53 ; Lenel, *Palingenesia*, II, cc. 64 et 74, n° 242 et 297. D'après Bekker, *Aktionen*, I, p. 105, 23, Pernice, *Labeo*, I, pp. 421 ; 423, 25 ; III, 1, p. 239, 3, et Brembio, I, p. 120, les deux textes remonteraient à Q. Mucius).

en outre, s'il y avait eu unanimité entre les *veteres*, eût-on mentionné l'approbation de Sabinus? Sabinus (et Celse après lui) ont adopté une *opinio* contestée chez leurs devanciers, et qui est restée contestée par la suite. Rien ne prouve qu'elle ait jamais triomphé dans sa généralité. Nous n'en rencontrerons aucune application en matière de *furtum*, et l'on sait quel domaine restreint a la *condictio ob iniustam causam* du droit de Justinien. D'ailleurs les remaniements subis par les textes insérés au Digeste ne contribuent point à éclaircir la question.

3° La *condictio* dont il s'agit était donnée pour réclamer ce qui était chez autrui en vertu d'une *iniusta causa*. Nous ne croyons pas qu'on ait fait assez attention à ces mots, qui définissent cependant la sphère d'application de la *condictio ex iniusta causa*. Ils établissent deux faits : A. — La *condictio* en question tendrait à réclamer seulement *quod apud aliquem sit*, c'est-à-dire ce qu'une personne détient. *Apud aliquem esse* a un sens technique défini, et s'applique à tous les cas de détention[1]. Cette *condictio* se donnerait donc, non seulement contre un propriétaire, mais contre un détenteur quelconque *ex iniusta causa*[2], et ainsi s'expliquerait la résistance d'un parti important de la doctrine contre son adoption[3]. En revanche, elle ne se donnerait que contre un détenteur. On ne saurait *condicere id quod ex iniusta causa apud aliquem non sit*. Par conséquent, l'obligation du défendeur qui a acquis une chose *ex iniusta causa*, et qui l'a aliénée ou perdue, ne se perpétuerait pas; il ne serait pas regardé comme étant en demeure par le seul fait de son acquisition injuste; et, par là, la *condictio ex iniusta causa* se séparerait nettement de la *condictio ex causa furtiva* classique[4]. B. — Cette *condictio* serait fondée sur toute *causa iniusta*.

[1] *Dig.*, 50, 16, fr. 63. Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], v° *Apud*, a, p. 37.

[2] Cf. *Basil.*, 24. 2, 6, sch. 1 : Ἐπάγει τὸν Σαβῖνον ἤτοι τῶν παλαιῶν κανόνα ὁ Οὐλπιανός, δεικνύς, ὅτι καὶ ἐφ' ὧν δεσποτεία τῶν δεδομένων οὐ μεταγνέχθη, κινεῖται ὁ τούρπεμ ἤ, ὁ ἐξ iniusta causa κονδικτίκιος.

[3] Evidemment la formule de la *condictio (Si paret... dare oportere)* ne s'applique plus exactement à une demande dirigée contre un simple détenteur.

[4] Remarquons d'ailleurs qu'en droit classique, malgré l'influence exercée sur les règles des *condictiones ob turpem causam* et *ob iniustam causam* par les règles de la *condictio ex causa furtiva*, il n'est pas certain que le débiteur reste tenu après la perte de la chose. La constitution de Dioclétien et Maximien (a. 294) qu'on cite en ce sens pour la *condictio ob turpem causam (Cod. Just.*, 4, 7, const. 7) n'est pas probante : « Eum, qui ob restituenda quae abegerat pecora pecuniam accepit,

Or le *furtum improprium* ne constitue pas une *causa iniusta*. Seule la *subreptio*, depuis que la loi Atinia l'a rayée des causes légitimes d'usucapion, est une *causa iniusta*. Remarquons que, même à l'époque classique, alors que l'imprescriptibilité s'est étendue à toutes les *res furtivae*, les prudents hésitent fort à qualifier la *causa furtiva* de *causa iniusta*[1]. On relèverait même des traces d'une tendance à la rapprocher plutôt de la *causa turpis*[2].

tam hanc quam quae per hoc commissum tenuit restituere debere convenit, licet mortua vel alio fortuito casu perisse dicantur, cum in hoc casu in rem mora fiat. » Un brigand a razzié un troupeau. Il a commis une sorte de *furtum* (*Dig.*, 47, 2, fr. 2), qui peut entraîner, à côté de l'action privée *furti* (Paul., *Sent.*, V, 18, 3), une *cognitio extra ordinem* (Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 775. Tr. Duquesne, III, p. 84). Supposons que l'*abigeus* se fasse verser de l'argent par le volé pour lui rendre son troupeau. Le volé aura contre lui la *condictio ob turpem causam* pour réclamer cet argent, comme il aurait la *condictio ex causa furtiva* pour réclamer le troupeau, c'est-à-dire alors même que le troupeau aurait péri. On voit qu'il ne s'agit que de la mort ou de la perte des *pecora*, objets de la seule *condictio ex causa furtiva*. Mais la *condictio ob turpem causam* a pour objet une somme d'argent, qui ne peut périr. En disant que la *condictio ob turpem causam* survit à la perte du troupeau, Dioclétien et Maximien donnent donc une solution élémentaire, qui découlait déjà des principes généraux. — Quant à la *condictio ob iniustam causam*, non seulement on ne peut alléguer aucun témoignage pour établir qu'elle se perpétue après la perte de la chose, mais encore il existe un témoignage contraire (Gaius, *l. XI ad edict. provinc.*, *Dig.*, 24, 1, fr. 6), pour un cas que rien, quoi qu'on ait dit, ne désigne comme exceptionnel. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 623, 1.

[1] On remarquera en effet que les jurisconsultes classiques supposent que la *causa furtiva* est une *causa iniusta* plus qu'ils ne le disent. Il est certain, par exemple, qu'à l'époque classique l'exception *vitiosae possessionis* s'applique, dans les interdits possessoires, contre le possesseur qui possède *ex furtiva causa*. Cela revient à admettre implicitement que la *causa* de ce possesseur est une *causa iniusta*. Voy. p. ex. Ulpian., *l. LXIX ad edict. Dig.*, 43, 17, fr. 3, pr.

[2] Q. Mucius rangeait-il la *causa furtiva* parmi les *turpes causae*? En tout cas il rangeait sans doute le *furtum* parmi les *turpia*. Mr Bremer suppose même (I, p. 69), en se fondant sur St Augustin (*De civitate Dei*, IV, 27 : Proetiorum deorum genus cur Scaevola respuat, eisdem litteris non tacetur : quia sic videlicet deos deformant, ut nec bonis hominibus comparentur, cum alium facinat furem, alium adulterare; sic item aliquid turpiter atque inepte dicere ac facere), qu'il avait le premier posé le principe formulé plus tard par Ulpien (*l. XVII ad edict. Dig.*, 50, 16, fr. 42) : Probra quaedam natura turpia sunt... et puta furtum adulterium natura turpe est. Sabinus avait sans doute transmis ce principe à Ulpien. Cf. Ulpian., *l. XXX ad Sabinum Dig.*, 17, 2, fr. 53, Lenel, *Paling.*, II, c. 1150 n° 2746) : Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis et mala commercio est. Plane si in medium collata sit, commune erit lucrum. Mr Schulz a prouvé (*Sabinus Fragmente*, p. 70) que ce passage provient de Sabinus.

Concluons :

1° Il est peu probable que la *condictio ex iniusta causa* « approuvée » par Sabinus fût admise par tous les *veteres*, ou qu'elle eût passé de façon générale dans la pratique de l'époque républicaine.

2° La *condictio ex iniusta causa*, qui serait donnée contre un détenteur de la chose d'autrui, ne se confond point avec la *condictio ex causa furtiva*. Si la pratique l'applique en matière de vol — ce dont nous doutons — elle ne l'applique qu'au cas de *subreptio ;* elle ne l'applique pas au cas de *furtum improprium*.

3

Est-ce à dire que la *condictio ex causa furtiva* n'existe pas au temps de Q. Mucius?

Elle existe sans doute, mais pour faire répéter l'objet d'un *furtum improprium*. Nous possédons sur ce point un témoignage ancien où l'on rencontre l'expression *condictio ex furtiva causa*[1]. C'est un *responsum* cité par Pomponius dans ses *Libri ad Q. Mucium*. Il y a de grandes chances pour que ce *responsum* vienne de Quintus Mucius ; on l'admet fréquemment[2], sans que cette attribution vraisemblable soit susceptible d'une démonstration rigoureuse[3]. Mais, de toute façon, ce *responsum* paraît ancien.

Pomponius *(l. XXXVIII ad Quintum Mucium) :*

Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur[4].

[1] On sait que l'expression abrégée *condictio furtiva* se rencontre rarement au *Digeste* et au *Code* (uniquement dans les rubriques, et dans des fragments interpolés ou suspects), et que l'expression classique est *condictio ex furtiva causa*. Savigny, *Traité de droit romain*, tr. Guenoux², 1858, V, p. 528 (App. XLV, n° 15 et notes *a* et *b*); Desjardins, *Traité du vol*, p. 245, 1; Zanzucchi, *Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi in diritto romano. Riv. Ital. per le scienze giuridiche*, XLII (1906), p. 33, n. 5.

[2] En ce sens Lenel, *Palingenesia*, II, c. 78, n° 321, n. 1 ; Bremer, I, p. 100.

[3] Tout ce qu'on peut dire, c'est que le *responsum* provient du commentaire de Pomponius sur Q. Mucius, et qu'il est écrit dans la langue concise et ramassée de ce jurisconsulte. On sait d'ailleurs que Q. Mucius a traité du *furtum usus :* qu'il a classé les *genera possessionum* d'après leurs *causae* (Paul., *l. LIV ad edict. Dig.*, 41, 2, fr. 3, 23; Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 427) et qu'il a pu comprendre dans sa classification la *causa furtiva :* l'expression *furtiva causa* remonterait à lui.

[4] *Dig.*, 13, 1, fr. 16. Lenel, *Paling.*, II, c. 78, n° 321.

Il s'agit d'un *furtum usus*, résultant de ce que le dépositaire ou le commodataire se sert de la chose déposée ou prêtée contrairement aux prévisions du contrat. Le dépositaire ou le commodataire commet ainsi un *furtum* sans soustraction, et il peut être poursuivi par la *condictio ex causa furtiva*. C'est notre première rencontre avec cette *condictio;* et elle sanctionne bien un *furtum improprium*.

Mais ce *responsum* soulève une difficulté particulière. Le *furtum improprium* est ordinairement une cause d'acquisition pour le *fur :* et ainsi l'on peut, dans la formule de la *condictio ex causa furtiva*, demander au *fur* de *dare* (= transférer la propriété). En est-il de même lorsque le *furtum improprium* est un *furtum usus?*

Cela est tout à fait vraisemblable. Sans doute, pour Q. Mucius, comme pour Brutus et pour tous les *veteres*, le *furtum usus* est un *furtum ipsius rei*[1]. Le commodataire qui avait emprunté un cheval *usque Ariciam* et qui l'avait conduit au delà de cette ville, était condamné pour *furtum* à payer deux fois la valeur du cheval, et c'est pourquoi Labéon protestait contre la rigueur de cette jurisprudence ancienne[2]. On a même pu soutenir avec vraisemblance que, jusque dans la période classique, le *furtum usus* ne se distinguait pas du *furtum ipsius rei*[3]. Il n'y a donc pas lieu de croire que la *condictio ex causa furtiva* donnée ici par Quintus Mucius soit donnée contre un simple détenteur : elle est donnée contre un propriétaire, quiritaire ou prétorien. Le dépositaire, le commodataire, en se servant *furandi animo* de la chose déposée ou prêtée, en ont acquis la possession[4] et ont pu l'usucaper[5].

Notre *responsum*, conçu en termes extrêmement concis, et d'ailleurs incomplètement reproduit dans les Pandectes[6], laisse sans

[1] En ce sens, entre autres, Bekker, *Aktionen*, I, p. 308; Perozzi, I, p. 312, 4.

[2] *Supra*, p. 329.

[3] Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso. Studi sopra il delitto di furto*, I, 1894, pp. 164 et sqq.

[4] Cf. *infra*, c. X, § 4.

[5] En demandant au défendeur à la *condictio ex causa furtiva* de *dare*, on lui demande donc, suivant les cas, de transférer la propriété quiritaire ou la propriété prétorienne. *Dare* équivaut dans ce second cas à *tradere*, et *tradere*, comprises de *dare*, n'a dû s'appliquer originairement qu'aux traditions translatives de propriété.

[6] Cela résulte du mot *quoque*. Que disait donc Quintus Mucius dans la partie du *responsum* qui a disparu? On peut hésiter entre deux conjectures : ou bien il parlait de l'action *furti*, et ajoutait qu'on donnait aussi en pareil cas la *condictio*

réponse bon nombre de questions, et notamment la question de savoir si la règle *Fur semper moram facere videtur* s'appliquait déjà à la *condictio ex furtiva causa*. La suite du texte de Pomponius répond, il est vrai, affirmativement : mais ce n'est plus le témoignage de Quintus Mucius, c'est un témoignage d'un contemporain d'Hadrien, écrit à une époque où les traits caractéristiques de la *condictio ex causa furtiva* classique étaient certainement fixés[1]. Si nous sommes portés à croire que la *condictio ex causa furtiva* comportait, dès le temps de Q. Mucius, l'application de la règle *Fur semper moram facere videtur*, ce n'est pas sur le fondement de ce témoignage, mais sur le fondement d'un témoignage des *veteres* que nous rencontrerons un peu plus loin[2].

4

Pour Q. Mucius, nous l'avons vu, les conditions de la légitimation active de l'action *furti* (au moins au cas de *subreptio)* se résumaient dans le principe : *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi.* Le jurisconsulte devait naturellement être amené à définir l'intérêt nécessaire et suffisant pour justifier l'action. Il est bien certain que le détenteur d'une chose peut alléguer un intérêt suffisant lorsqu'il est tenu de répondre du vol de cette chose : nous l'avons supposé pour le *prior fur*[3]. Mais Q. Mucius admettait-il que c'était là l'intérêt nécessaire et qu'il n'y en avait pas d'autre possible? Trouvons-nous chez lui l'expression de la doctrine qui, selon certains auteurs[4], serait celle des jurisconsultes

ou bien ce qui nous parait plus plausible, malgré le témoignage des *Basiliques*, 60, 10, 16, qui n'est probablement qu'une paraphrase récente de notre fragment), il parlait, en général, de la *condictio* donnée au cas de *furtum improprium*, et ajoutait que cette même *condictio* se donnait aussi lorsque le *furtum improprium* résultait d'un *furtum usus*. Nous ne croyons pas qu'il parlât des actions *depositi* et *commodati*.

[1] *Dig.*, 13, 1, fr. 16 : ... quae *(sc.* condictio ex causa furtiva) differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur. Nous allons voir qu'au temps de Q. Mucius, le commodataire ne répond pas seulement de sa *culpa* : il répond aussi du vol.

[2] Voy. *infra*, c. X, § 1, l'analyse du fragment de Tryphoninus *(Dig.*, 13, 1, fr. 20).

[3] *Supra*, p. 341.

[4] Voy. Seckel, v° *Custodia*, et *Fur*, *furtum*, dans Heumann-Seckel, *Hand-*

classiques, d'après laquelle le détenteur d'une chose n'a l'action *furti* que si la *custodia* de cette chose lui incombe?

Les témoignages dont nous disposons ne suffisent pas à nous former une opinion d'ensemble sur cette question. Nous ne possédons qu'une allusion à une controverse à laquelle Q. Mucius a peut-être pris part[1]; mais cette allusion n'est relative qu'au cas d'un commodataire, et n'est pas, même pour ce cas, pleinement claire. On la trouve dans une constitution de Justinien (530) :

Sed quaerebatur apud antiquos legum interpretes, si quis commodavit alii rem ad se pertinentem et ipsa res subtracta est, an furti actio adversus furem institui possit ab eo qui rem utendam accepit[2]...

Si une chose est soustraite entre les mains d'un commodataire, à qui appartient l'action *furti*? Au commodant? au commodataire? La question était discutée par les anciens interprètes du droit civil[3]. Nous ignorons malheureusement quels arguments ils versaient au débat; nous ne connaissons que ceux que fournissent à ce sujet Gaius et Ulpien.

Gaius s'exprime de la façon suivante (*Inst.*, III, 206) :

Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo necesse habet custodiam praestare[4].

*lexikon*², pp. 116-118 et 225-226; Kuebler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht. Festgabe für Otto Gierke*, II, pp. 235 et sqq. Cette doctrine a été formulée de la façon la plus systématique et la plus développée par M. Schulz, *Die Aktivlegitimation*..., pp. 23-99. *Adde* Beseler, *Beiträge*, III, pp. 190-192. Justinien aurait remanié beaucoup de textes sur la matière, parce qu'il entendait plus largement que les classiques l'intérêt requis pour agir *furti*. En sens contraire, voy. Mitteis (dans Mitteis-Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig, 1912), II, 1, p. 259, 5.

[1] Bremer, I, p. 98.

[2] *Cod. Just.*, 6, 2, const. 22, 1. Sur cette constitution, voy. Di Marzo, *Le quinquaginta decisiones di Giustiniano*, Palermo, 1899, I, pp. 19 et sqq. Voy. aussi *Basil.*, 60, 6, 39, et les scholies (Ed. Heimbach, V, pp. 402-406).

[3] Sur la question, voy. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano* (*Arch. giuridico*, LII, 1893, pp. 460-499; LIII, 1894, pp. 41-73 et 297-309), pp. 287-293.

[4] Pour M. Beseler, *Beiträge*, II, p. 116, ce passage n'aurait pas figuré dans le texte original de Gaius, mais y aurait été interpolé après coup. M. Beseler s'appuie sur les mots *necesse habere*, qui constitueraient un critère d'interpolation. Voy. aussi *Beiträge*, III, pp. 138-139. Critère bien fragile, quand on l'applique à

Gaius ne pose même pas la question de savoir si le commodataire a l'action *furti*. Il admet l'affirmative, comme à peu près tous ses contemporains[1], et il étend (= *transferemus*) sans difficulté au commodataire la solution précédemment adoptée pour le *fullo* et le *sarcinator*. Pourquoi ? Parce que, comme le *fullo* et le *sarcinator*, le commodataire tire du contrat un avantage appréciable en argent, et doit répondre au commodant du vol de la chose empruntée (= *necesse habet custodiam praestare*). L'acception du mot *custodia* dans ce passage est d'ailleurs précisée par des témoignages de Gaius lui-même[2]. Ce mot ne comprend point la responsabilité de tous les cas de force majeure, mais seulement la responsabilité du vol. Certains textes qualifient cette responsabilité d'*exactissima diligentia* ou de *diligentia diligentissimi patrisfamilias :* c'est la *diligentia* ordinaire, étendue par l'adjonction de la garantie du vol[3].

Même décision chez Ulpien et motivée à peu près de la même façon *(l. XXIX ad Sabinum) :*

Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere[4].

Ainsi, dans le système de Gaius et d'Ulpien, le commodataire a

un ensemble de textes qui nous sont parvenus indépendamment des compilations de Justinien, comme les *Institutes* de Gaius, les *Sentences* de Paul (V, 33, 2), ou la *Collatio Mosaïcarum et Romanarum legum* (II, 6, 2). En notre sens Segrè, *Mélanges P. F. Girard*, II, p. 553, 2, qui cite encore l'*Oratio Claudii de iure honorum Gallis dando*, I, 14 (Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], p. 196).

[1] « Et hoc quidem pene iam fuerat confessum », dit la constitution précitée de Justinien.

[2] Gaius, *l. II Aureorum. Dig.*, 44, 7, fr. 1, 4; *l. IX ad edict. prov. Dig.*, 13, 6, fr. 18, pr. : la *custodia* du commodataire ne comprend pas certains cas de force majeure (fuite de l'esclave prêté, incendie, ruine, naufrage).

[3] Pernice, *Labeo*, II, 2, pp. 345-360; Vernay, *Servius*, pp. 278 et sqq.

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 14, 16. Cf. *Basil.*, 60, 12, 14, 16. Faut-il, pour éviter la répétition fâcheuse du mot *omnibus*, lui substituer (la première fois) le mot *obligatis*, comme le veut Mommsen? Ou bien certaines bizarreries du texte (p. ex. l'emploi des génitifs *commodati, locati, pignoris accepti*, ou encore l'emploi du pluriel *actiones furti*) s'expliqueraient-elles parce qu'Ulpien aurait utilisé avec quelque négligence, en le modifiant, un *Sabinianum*? L'idée d'un *Sabinianum* expliquerait pourquoi Ulpien, postérieur à Gaius, paraît cependant plus hésitant que lui sur l'attribution de l'action *furti* au commodataire. Ulpien dit : *et puto...*; Gaius dit : *eadem transferemus*. La forme *et puto*, inattendue sous la plume d'Ulpien, le serait moins sous celle de Sabinus.

l'action *furti* parce qu'il doit au commodant l'*exactissima diligentia*, la *custodia* de la chose.

Mais tous les auteurs n'attribuaient pas cette responsabilité au commodataire. Un parti important professait que le commodataire ne devait, comme le vendeur, que la *diligentia* sans épithète, et, par conséquent, ne répondait pas du vol, à moins de convention expresse[1]. Cette doctrine a fini par l'emporter dans les compilations de Justinien[2] et chez les romanistes modernes[3].

La controverse ancienne que signale Justinien sur l'attribution de l'action *furti* au commodataire paraît bien se relier à la controverse sur l'étendue de la responsabilité incombant à ce commodataire. Or Quintus Mucius semble être précisément le premier jurisconsulte[4] qui ait défini la responsabilité du commodataire[5], et admis, par conséquent, qu'il devait la garantie du vol. Ulpien nous fournit sur ce point un témoignage important *(l. XXVIII ad edictum)* :

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus : dolum in deposito : nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus... Sed ubi

[1] Allusion à une convention de ce genre chez African., *l. VIII quaest. Dig.*, 13, 6, fr. 21, 1, *in fine*.

[2] Ulpian., *l. XXVIII ad Edict. Dig.*, 13, 6, fr. 5, 2 et 3 ; Paul., *l. V ad Sabin. Dig.*, 18, 6, fr. 3.

[3] Girard, *Manuel*[2], p. 658 ; Desjardins, *Traité du vol*, pp. 162 et sqq.

[4] Car l'édit introduisant l'action *commodati directa* ne peut pas être de beaucoup antérieur à Q. Mucius. Quelques auteurs croient même (Umbreit, *Zur Geschichte der sobenannten Realcontrakte*, Marburg et Leipzig, 1870, p. 78 ; Vernay, *Servius*, p. 239, 1) qu'il est postérieur, et qu'il a pour auteur le père d'Antistius Labeo, Pacuvius Labeo, né vers 669 (= 85), qui mourut en 712 (= 42) (Pernice, *Labeo*, I, 9). Ces auteurs se fondent sur un texte d'Ulpien (*l. XXVIII ad edict. Dig.*, 13, 6, fr. 1, 1), qui fait remarquer que l'Edit perpétuel emploie le mot *commodatum* là où Paconius (La Florentine = Pacuvius) employait le mot *utendum* : « Qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem », et ils identifient ce Paconius avec Pacuvius Labeo. En ce sens aussi, Bremer, I, pp. 271-272. Cf. Ferrini, *Arch. Giur.*, LII (1893), pp. 483-486. Mais l'identification semble problématique (Le gentilice Paconius existait au temps de Cicéron. Voy. *Pro Mil.*, 27, 74), et, en tout cas, comme il ne paraît pas que Pacuvius Labeo ait jamais été préteur, la référence d'Ulpien ne peut viser qu'un ouvrage de doctrine (et non un édit). Cf. aussi H. Peters, dans *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, R. A., XXXII (1911), p. 470.

[5] Kuebler, *Das Utilitätsprinzip* ... p. 273.

utriusque utilitas vertitur,... et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam, et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit[1].

Sur ce texte, nous devons faire les observations suivantes :

1° Ulpien rapporte, en l'adoptant, une doctrine de Q. Mucius, qui porte sur deux points : *a)* Pour Q. Mucius, le commodataire doit, dans tous les cas, *praestare culpam et diligentiam ; b)* Il doit en outre, au cas où la chose prêtée lui a été remise après estimation, *praestare omne periculum*. La construction de la phrase prouve qu'Ulpien attribue les deux solutions à Q. Mucius : car les mots *omne periculum praestandum* sont gouvernés par *existimantis (Q. Mucii)*, comme les mots *culpam praestandam et diligentiam*. Cette observation a son prix, car elle nous autorise à penser que la théorie de Q. Mucius se rapporte bien au commodat au sens classique du mot, c'est-à-dire au commodat se réalisant par un simple transfert de détention, et non à un prêt se réalisant par une aliénation fiduciaire[2] : sans cela Q. Mucius n'aurait pas à distinguer l'hypothèse générale de commodat de l'hypothèse où la chose prêtée a été estimée, et où, par application de la règle *Æstimatio facit venditionem*, l'emprunteur en est devenu propriétaire (= *si res aestimata data sit)*. Cet argument, tiré du texte lui-même, suffit, en dehors d'autres arguments possibles[3], à établir que le commodat existait du temps de Q. Mucius[4], sinon avec l'appareil complet de ses sanctions, *in ius* et *in factum*, directes et contraires, du moins avec la sanction de la formule directe *in factum*[5].

[1] *Dig.*, 13, 6, fr. 5, 2 et 3. Lenel, *Paling.*, II, c. 580, n° 802. Cf. *Basil.*, 13, 1, 5, 2.

[2] Comme le croient Ubbelohde, *Realcontrakte*, p. 64, et M. Girard, *Manuel*[5], p. 528, 5.

[3] Sur ces arguments, voy. Segrè, *Sull' eta dei giudizii di buona fede di commodato e di pegno. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI (Napoli, 1906), pp. 356-357, note. Dans le même sens, Kuebler, *l° c°*, p. 259, 1. En sens contraire, Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 158.

[4] Bekker, *Aktionen*, I, p. 307, admet cette existence de la façon la plus large, et sans y apporter les restrictions des auteurs cités dans la note suivante.

[5] En ce sens, Ubbelohde, *Realcontrakte*, pp. 76-78; Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato, Arch. giuridico*, LII (1893), p. 479; Vernay, *op. cit.*, p. 240; Segrè, *loc. cit.*, p. 355; Kuebler, *l° c°*, p. 258. Ces derniers auteurs admet-

2° Les mots *culpa et diligentia* qu'emploie Q. Mucius ne peuvent s'entendre dans l'acception où les prennent les jurisconsultes classiques. On sait qu'en droit classique on désigne du nom de *culpa* toute faute de commission ou d'omission, et du nom de *diligentia* l'opposé de la *culpa*, c'est-à-dire la vigilance exclusive de toute faute, positive ou négative. Mais cette terminologie précise n'est point fixée encore au temps des *veteres*[1]. Dans les textes qui remontent jusqu'à eux, le mot *culpa* ne désigne ordinairement que la faute de commission, et le mot *diligentia*, qui ne s'oppose pas encore au mot *culpa*[2], a un sens beaucoup plus large que celui qu'il a pris par la suite. Il comprend la responsabilité de toutes les fautes, même négatives, et aussi, comme l'*exactissima diligentia* des textes postérieurs, la responsabilité du vol[3]. L'acception ancienne des mots *culpa* et *diligentia* se retrouve parfois jusque

tent, à juste titre, que l'existence d'un système de graduation dans la responsabilité ne suppose pas nécessairement une formule de bonne foi. Voy aussi Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, 1910, pp. 84-86.

[1] Il n'est donc pas besoin de supposer, comme le fait M. Kuebler, pp. 259 et sqq., dans le remarquable article que nous avons cité plus haut (Cf. aussi Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*. II. *L'emptio venditio*, Parma, 1903, p. 8 et sqq.; Schulz, *Lusignanis Custodia-Forschungen* (Extr. de la *Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XIV, 1912, p. 55), que le mot *diligentia* est interpolé dans notre fragment d'Ulpien (*Dig.*, 13, 6, fr. 5, 3) et dans le fragment correspondant de Gaius (*Dig.*, 13, 6, fr. 18, pr.), et que les compilateurs l'ont substitué au mot *custodia*. Il suffit d'admettre que le sens des mots a changé depuis Quintus Mucius jusqu'à Justinien, et que la terminologie technique de la responsabilité ne s'est pas fixée définitivement dès le temps des origines. Evidemment, le mot *culpa* n'a pas non plus, chez Quintus Mucius, le même sens que dans le Digeste. Dans le Digeste (M. Seckel l'a démontré (v° *Custodia* dans Heumann Seckel, *Handlexikon*[9], pp. 116-118) et M. Kuebler l'admet, p. 257), *culpa* s'oppose à *diligentia*, et *casus* à *custodia*; *diligentia* et *custodia* sont des termes positifs, *culpa* et *casus*, des termes négatifs symétriques dans l'échelle de la responsabilité. Donc, au point de vue de la terminologie du Digeste, *praestare culpam et custodiam* n'est pas plus correct que *praestare culpam et diligentiam*; il faudrait *praestare culpam et casum*, — ou *praestare diligentiam et custodiam*. Et pourquoi les compilateurs de Justinien auraient-ils ajouté ce mot *diligentia*, à la fois incorrect et inutile, alors qu'il leur suffisait de supprimer *custodia*?

[2] C'est l'idée de Pernice, *Labeo*, II, 1[2], p. 157; mais il définit autrement l'ancienne *diligentia*, et croit qu'elle n'a rien de commun avec la *custodia*.

[3] La *diligentia*, au sens où les *veteres* prennent ce mot, n'exclut que les cas de force majeure, énumérés à ce propos par Ulpian (*Dig.*, 50, 17, fr. 23), et Gaius, *Dig.*, 13, 6, fr. 18 (que nous ne croyons pas interpolé, *supra*, n. 1). Elle n'exclut donc pas le *furtum* ordinaire. Ulpien et Gaius ne citent que la *rapina*, les actes

dans certains textes de l'époque classique. Ainsi Ulpien, classant les obligations de bonne foi d'après le genre de faute dont répond le débiteur, fait observer qu'il y en a dans lesquelles il répond de son dol et de sa *culpa*, par exemple celles qui naissent de la *dotis datio*, de la tutelle et de la gestion d'affaires; et il ajoute : « In his quidem et diligentiam[1]. » Le débiteur qui doit la *diligentia* doit donc autre chose, et plus, que l'absence de faute positive. On a prétendu, il est vrai, que les mots : « In his quidem et diligentiam » ne sont qu'une glose maladroitement incorporée au texte primitif[2]. Mais rien n'est moins établi. Le texte en question provient des *Libri ad Sabinum* d'Ulpien; il se rattache donc à une doctrine des *veteres*, dont peut-être il reproduit la teneur, dont tout au moins il emploie la terminologie. M. Schulz a même pu établir, en utilisant la méthode à laquelle il doit de si heureux résultats, que toute la partie du texte comprise entre *contractus quidam*... jusqu'à *societas et rerum communio et dolum et culpam recipit* contient un noyau de *Sabiniana*[3]. Aussi le témoignage de Q. Mucius, transmis par Ulpien, nous fournit-il, en faveur de l'authenticité des mots : « In his quidem[4] et diligentiam », une pièce de comparaison précieuse.

Revenons à ce témoignage de Q. Mucius. Il distingue, pour le commodataire, l'obligation relative à la *culpa* et l'obligation relative à la *diligentia*. Le commodataire doit *praestare culpam et diligentiam*, et cela veut dire qu'il répond non seulement de ses fautes

de brigandage (*latronum incursus, praedonum impetus* et la fuite des esclaves *qui custodiri non solent*. Dans les idées anciennes, le vol sans violence n'est pas un de ces *casus quibus resisti non potest*. L'homme vigilant ne doit pas se laisser voler. Tout vol implique un défaut de surveillance. Cf. Kuebler, *l° c°*, p. 266.

[1] Ulpian., *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 50, 17, fr. 23. Cf. *Basil.*, 2, 3, 23.

[2] Girard, *Manuel*[5], p. 652, 5; et, avec plus de développements, Mitteis, *Röm. Privatrecht*, I, p. 324, 34 *Contra* Pernice, *Labeo*, II, 2[2], p. 147; Lusignani, *Studi sulla responsabilità*. II. *L'emptio venditio*, pp. 1 et sqq.; Vernay, *Servius*, p. 279, 1. M. Kuebler croit tout le texte remanié de fond en comble, et en tente (p. 274) la restitution. Nous pensons que les mots *in his quidem et diligentiam* (auxquels il substitue *horum quaedam et custodiam*) pourraient du moins être conservés.

[3] Schulz, *Sabinus Fragmente in Ulpians Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, p. 67.

[4] La leçon *quidam* (au lieu de *quidem*), admise par divers auteurs (MM. Mitteis et Vernay), n'améliore pas sensiblement le texte. Comme le remarque M. Mitteis, elle pose un problème de plus. Pour nous, les obligations qui requièrent la *diligentia*, et sont désignées par les mots *in his*, sont celles dont il vient immédiatement d'être question (à partir du mot *item*) : c'est-à-dire celles qui résultent de la *dotis datio*, de la tutelle, de la gestion d'affaires.

positives, mais encore de ses fautes négatives, et spécialement du défaut de vigilance qui peut rendre un vol possible. Mais il ne répond pas de tous les risques quels qu'ils soient, y compris ceux qui résultent de la force majeure[1], puisque Q. Mucius envisage à part la *praestatio omnis periculi* et ne l'impose au commodataire que s'il a reçu la chose prêtée après estimation. Somme toute, Q. Mucius attribue au commodataire la responsabilité de ses fautes de commission et d'omission, et du vol.

Cette doctrine de Q. Mucius semble bien constituer le point de départ du raisonnement recueilli par Gaius, qui accorde l'action *furti* au commodataire, parce qu'il doit compte du vol au commodant. Nous pouvons donc, sans grande chance d'erreur, regarder Q. Mucius comme le premier jurisconsulte qui ait donné au commodataire l'action *furti*. Mais remarquons que le système de Q. Mucius n'était pas admis par tout le monde. Ulpien dit : Verior est Q. Mucii sententia... D'où la controverse signalée par Justinien. En outre, rien ne prouve : 1° Que Q. Mucius refusât au commodant l'exercice de l'action *furti*. 2° Qu'il définit en fonction de l'idée de *custodia* l'intérêt sur lequel il fondait la légitimation active de l'action *furti* lorsqu'il s'agissait d'un détenteur autre qu'un commodataire.

5

Quintus Mucius s'était beaucoup occupé de la loi Atinia. Nous savons que c'est dans un de ses ouvrages que P. Nigidius Figulus s'était documenté sur la controverse soulevée entre les premiers commentateurs de la loi par l'interprétation grammaticale des mots *Quod subruptum erit*[2]. Q. Mucius avait peut-être lui-même essayé de résoudre la difficulté. Du moins on lui attribue un précepte grammatical, rapporté par Pomponius dans ses *Libri ad Quintum Mucium*, où il affirme que le mot *erit* vise le passé aussi bien que le présent :

[1] Mais remarquons que Q. Mucius emploie les mots *omne periculum*. L'expression *vis maior* est récente. La théorie de la force majeure ne paraît avoir été esquissée que par Servius. La première expression technique qu'il ait introduite à ce sujet dans la doctrine est celle de *vis divina*, traduction littérale du grec θεία βία. Vernay, *Servius Sulpicius*, pp. 265 et sqq.

[2] *Supra*, p. 261.

Verbum erit interdum etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat[1].

Cette règle remonte-t-elle réellement à Quintus Mucius ? est-elle bien tirée d'un commentaire de la loi Atinia[2] ? On l'admet communément[3]. En tous cas, elle n'a pas eu grand succès : nous savons qu'au temps où Cicéron composait sa deuxième Verrine (en 685 = 69, soit treize ans après la mort de notre jurisconsulte), la règle inverse avait définitivement triomphé[4].

Nous savons enfin — et nous possédons quelques témoignages en ce sens — que Q. Mucius avait traité de l'usucapion[5], et nous avons analysé un passage de ses *Libri iuris civilis* relatif à des soustractions qui tombaient sous le coup de la loi Atinia[6]. C'est sans doute en se basant sur ces coïncidences que Pernice[7] a attribué à Quintus Mucius une formule qu'énonce Pomponius dans ses *Libri ad Quintum Mucium (l. XXIV)* :

Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest[8].

Cette formule visait primitivement, on peut le croire, la prohibition d'usucaper les *res subreptae* due à la loi Atinia ; et l'application qu'en fait Pomponius à d'autres prohibitions légales d'usucaper n'aurait été admise qu'après coup. Mais cela n'est pas tout à fait sûr. Et, d'ailleurs, le texte a-t-il vraiment Q. Mucius pour auteur ? On en a douté, à bon droit, croyons-nous[9] : car il suppose déjà constituée toute la théorie de la *bona fides* requise pour usucaper. Rigoureusement en effet — et Pernice semble l'avoir méconnu — on peut tirer de l'affirmation rapportée par Pomponius une affirmation inverse :

Ubi lex non inhibet usucapionem, bona fides possidenti ali-

[1] Pomp., *l. XXVI ad Q. Mucium. Dig.*, 50, 16, fr. 123. Lenel, *Paling.*, II, c. 73, n° 296; Bremer, I, p. 99. Cf. les verbeux développements des *Basiliques*, 2, 2, 119.

[2] Pomponius fait l'application de cette règle à l'interprétation des codicilles.

[3] En ce sens Lenel, *Paling.*, I, c. 761, 4; II, c. 73, n. 6; Bremer, I, p. 99.

[4] *Supra*, p. 262.

[5] Voy. les textes cités par M. Lenel, *Paling.*, I, c. 761, notamment le n° 34, et c. 764, n° 55 (Cf. les lib. XXIV-XXVI de Pomponius, *Ad Q. Mucium*, dans Lenel, *Paling.*, II, c. 73, n°s 289-296) et par M. Bremer, I, pp. 90-91.

[6] *Supra*, p. 338.

[7] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 339.

[8] *Dig.*, 41, 3, fr. 24 pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 73, n° 289.

[9] Bremer, I, p. 91, 6.

quid prodest[1] (= Ubi licet usu capere, mala fides possidenti nocet).

Or il n'existe, avant Q. Mucius, aucune trace sûre de la théorie de la bonne foi dans l'usucapion[2]. On constate, il est vrai, que les *veteres* avaient, dans un cas particulier[3], distingué l'acquéreur de bonne foi de l'acquéreur de mauvaise foi. Mais cette distinction était fondée sur un précepte législatif (*Constitutio Rutiliana*)[4] dont on n'a pas dû généraliser d'emblée le principe. Il est fort douteux que Trebatius ait connu la théorie de la bonne foi dans l'usucapion[5]. A vrai dire, Sabinus et Cassius sont les premiers jurisconsultes qui fassent à cette théorie des allusions non équivoques en termes généraux[6]. Nous croyons donc que le précepte *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest* n'appartient pas à Q. Mucius.

[1] C'est la formule employée par le texte correspondant des *Basiliques*, 50, 3, 23 (*Supra*, p. 270, n. 3), qu'on traduirait à peu près ainsi : Nisi lex inhibeat usucapionem, bona fides usucapionem facit.

[2] Nous avons établi plus haut (p. 276) que le témoignage de J. Brutus et M' Manilius invoqué par Pernice est étranger à cette question.

[3] C'est à propos de l'usucapion des *res mancipi* d'une femme en tutelle, aliénées sans l'*auctoritas* de son tuteur ou avec l'*auctoritas* d'un faux tuteur. *Fragm. Vat.*, 1. Cf. Paul., *l. VIII ad Sab. Dig.*, 18, 1, fr. 27.

[4] Sénatus-consulte? Cf. Karlowa, *R. R. G.*, II, pp. 404-405. Nous ignorons la date de la *Constitutio Rutiliana*. Bremer, I, p. 44; Girard, *Manuel*[7], p. 304, 5.

[5] *Infra*, c. xiii, § 1.

[6] Ulpian., *l. XVI ad Edict. Dig.*, 41, 3, fr. 10, pr.

CHAPITRE X

LES VETERES

§ 1. La perpétuation de la *condictio ex causa furtiva* contre le voleur dépossédé (mais non contre l'héritier du voleur). — § 2. L'inapplicabilité de l'action *furti* aux détournements commis par un *alieni iuris* aux dépens de son *paterfamilias*. — § 3. Les effets de l'*addictio* du *fur manifestus*. — § 4. Les éléments du *furtum*. L'élément matériel requis par la majorité des *veteres*. — § 5. L'opinion dissidente sur le *furtum* sans élément matériel. — § 6. La nature de l'élément matériel. Le *furtum* immobilier. — § 7. L'élément matériel du *furtum* consiste en un geste qui n'affecte pas nécessairement l'objet du délit. — § 8. L'élément immatériel du *furtum*. Le *consilium* considéré comme *volonté d'agir*, puis comme *volonté de nuire*. — § 9. Les mots *ope consilio* (dans la *vindicatio* ou la formule de l'action *furti nec manifesti*) se rapportent originairement au fait de l'auteur principal du *furtum*. — § 10. Comment les mots *ope consilio* se sont adaptés à la notion nouvelle de complicité. — § 11. L'interprétation disjonctive des mots *ope consilio* proposée par Labéon, et la théorie de la complicité (*Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2). — § 12. Autres témoignages de Labéon sur cette question.

Un certain nombre de *regulae* et de *responsa* anonymes échappent à tout classement chronologique. D'autres ne peuvent se dater qu'approximativement. De ce nombre sont ceux que les sources attribuent en bloc aux anciens (*veteres*, *antiqui*, etc.). Cette attribution est très vague. Elle paraît s'appliquer aux prudents des âges les plus divers : si l'on passe en revue les quelques cas où l'on peut identifier certains des *veteres* désignés comme tels par les classiques ou par Justinien, on s'aperçoit qu'il n'y a pas d'usage fixe ; l'expression s'applique plus fréquemment aux auteurs de la République ; mais elle s'applique parfois à ceux de l'Empire[1]. Néanmoins, plusieurs historiens modernes ont cherché à limiter son extension à une catégorie définie de prudents. Ainsi Rudorff, Pernice, MM. P. Krueger et Wlassak ont cherché à la limiter aux

[1] Ainsi Gaius, I, 188, range parmi les *veteres*, non seulement Q. Mucius et Ser. Sulpicius, mais encore Labeo ; Justinien (*Cod.*, VI, 29, 10, pr., et VI, 29, 3) range parmi les *veteres* Sabinus et les Sabiniens, etc.

prudents antérieurs à Servius[1]; MM. Joers et Bremer, à tous les prudents antérieurs à l'Empire[2]. Ces systèmes, que démentent des textes précis, restent arbitraires. Nous croyons, quant à nous, qu'on s'abuse en cherchant ici une règle invariable et absolue. L'expression *veteres* n'a qu'une valeur relative. On n'est ancien que par rapport à quelqu'un. J. Brutus, Manilius, etc., étaient anciens par rapport à Sabinus, mais non Servius ou Alfenus; Servius et Sabinus lui-même étaient anciens par rapport à Ulpien ou à Paul, mais non Julien ou Pomponius. C'est là une observation de bon sens qu'on s'étonne de voir méconnue. Il s'ensuit que l'expression *veteres* n'a pas la même extension sous la plume de Sabinus que sous la plume d'Ulpien. Nous devons donc chercher, pour chaque citation des *veteres*, quel est le premier auteur de la citation. Si c'est Labéon, Sabinus ou un de leurs contemporains, nous admettrons que les *veteres* en cause sont antérieurs à Servius; si c'est un prudent du IIe ou du IIIe siècle, nous admettrons qu'ils peuvent comprendre, non seulement les membres de l'école servienne, mais encore les premiers représentants des écoles proculienne et sabinienne.

En ce qui concerne les citations des *veteres* sur la matière du *furtum*, nous ne rencontrerons pas en général de grandes difficultés : nous constaterons sans peine que toutes ces citations émanent de jurisconsultes du début de l'Empire, et la plupart de Mas. Sabinus. Les *veteres* ainsi cités se rangent donc dans la série des prudents antérieurs à Servius Sulpicius.

1

Il n'y a de difficulté réelle que pour un texte, particulièrement important, qui établit l'application à la *condictio ex causa furtiva* de la règle *Fur semper moram facere videtur*. Ce texte a pour auteur Claudius Tryphoninus, et est tiré de ses *Disputationes*

[1] Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1857, I, p. 154, n. 25; Pernice, *Labeo*, I, p. 5, n. 6-7; P. Krueger, *Quellen*², p. 139, 3; Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, 1888, pp. 100-101; *Der Ursprung der römischen Einrede*, 1910, p. 38, note.

[2] Joers, *Röm. Rechtswissenschaft*, pp. 252-253; Bremer, II, 2, p. 506. En ce sens aussi, mais avec un argument douteux tiré d'une prétendue corrélation entre l'institution du *ius publice respondendi* et l'usage de la dénomination *veteres*, Sanio, *Zur Geschichte der röm. Rechtswissenschaft*, p. 14, n. 1.

(écrites en partie sous le règne de Caracalla et Géta (211-212) et en partie après la mort de Géta[1]).

Tryphoninus *(l. XV Disputationum)*:

Licet fur paratus fuerit excipere condictionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere[2].

Ce texte, bien qu'on puisse lui adresser plusieurs critiques de forme, n'est pas suspect d'interpolations importantes dans ses parties essentielles[3]. Même les auteurs modernes dont il gêne le plus la thèse n'osent pas l'éliminer[4]. Son sens est clair. On se demande si, la chose volée venant à périr, le volé peut encore intenter la *condictio furtiva* contre le voleur? Les *veteres* admettaient l'affirmative. Ils disaient que la *condictio* se perpétuait, même si, avant cette perte, le volé pouvait l'exercer et si le voleur était prêt à y défendre. En effet, dès qu'on a commencé de manier une chose malgré son propriétaire, on est regardé comme en demeure de restituer cette chose, qu'on n'aurait pas dû soustraire.

Ce texte est relatif à une véritable *condictio ex causa furtiva*, avec les traits caractéristiques de sa condamnation[5]. Nous possédons d'autres témoignages relatifs à l'application du précepte *Fur semper moram facere videtur*[6], mais celui-ci est le plus précieux de tous,

[1] Fitting, *Alter und Folge*², pp. 80-81.

[2] *Dig.*, 13, 1, fr. 20. Lenel, *Paling.*, II, c. 370, n° 55; Brémer, II, 2, p. 514. Cf. *Basil.*, 60, 10, 20, et les scholies.

[3] On peut critiquer surtout l'incidente *postea autem perempta est*. Ces mots se rattachent mal au contexte; au lieu de *postea autem*, il faudrait *postquam*, et toute l'incidente devrait être insérée après *tamen*; l'emploi de *perimi* dans le sens de *perisse* sent sa basse latinité. Peut-être les mots *postea autem perempta est* constituent-ils une « interpolation explicative » (Cf. H. Appleton, *Interpolations*, pp. 247-252) due aux compilateurs de Justinien? On peut critiquer aussi *quam nec debuit auferre*, et le plus-que-parfait *fuerat* employé après *dum*.

[4] Ainsi Von Mayr, *Die Condictio des romischen Privatrechts*, 1900, pp. 92-93.

[5] En ce sens, H. Krueger, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXI (1900), R. A., p. 421.

[6] Ulpian, *l. XLII ad Saban. Dig.*, 13, 1, fr. 7, 2; *l. XXVII ad Ed. Dig.*, 13, 1, fr. 8, 1 (peut-être interpolé, mais seulement dans sa partie finale. Pelleger, *Ciceros Rede pro Roscio comoedo*, pp. 17 et sqq.; Desamons, *Traité du vol*, p. 258; Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva* (*Studi sopra il delitto di furto*, II, 1, 1900), pp. 61 et sqq.

parce qu'il jette quelques lueurs sur les origines historiques du précepte. Tryphoninus en attribue le principe aux *veteres : durare condictionem veteres voluerunt...*

De quels *veteres* s'agit-il ? Autrement dit, par application du principe que nous avons posé : quels auteurs sont anciens au regard de Tryphoninus?

Pour Tryphoninus, qui vit au début du IIIe siècle de notre ère, les anciens, ce sont non seulement les jurisconsultes de la période républicaine, mais aussi ceux du premier siècle de l'Empire, et même d'une bonne partie du second. Cela comprend au moins Sabinus et peut être même Julien. Seuls les jurisconsultes de la grande époque classique, Papinien, Paul, Ulpien, et leurs prédécesseurs immédiats se trouvent exclus. Les *veteres* dont parle Tryphoninus peuvent donc à la rigueur être recherchés dans toute la série des jurisconsultes préclassiques. Les limites de temps ainsi obtenues sont fort distantes l'une de l'autre. On ne pourrait songer à les resserrer, si l'on croyait que Tryphoninus a cité directement et immédiatement les *veteres*.

Mais Tryphoninus n'a pas dû les citer directement et immédiatement. Il est peu probable qu'il ait eu entre les mains les ouvrages des *veteres* dont il parlait. Ce que nous savons des sources de ses *Disputationes* autorise suffisamment cette manière de voir. Tryphoninus ne cite de première main, outre certaines œuvres de Marcellus, et de Cervidius Scaevola son maître [1], que les *Digesta* de Julien, et les *Libri ad Vitellium* de Sabinus. Il ne mentionne le nom d'aucun jurisconsulte antérieur [2]. Cela nous amène à penser, non pas, comme l'admet à tort M. Von Mayr[3], que son témoignage sur la *condictio ex causa furtiva* ne vaut rien, mais que ce témoignage provient d'un auteur plus ancien, à qui il l'a emprunté. Nous avons même quelque raison de supposer que ce témoignage se rattache à la tradition sabinienne [4].

[1] P. Krueger, *Quellen*², p. 216, 28; Fitting, *Alter und Folge*², p. 63.

[2] Fitting, *Alter und Folge*², p. 81.

[3] Von Mayr, *Condictio*, pp. 92-93.

[4] Tryphoninus a pu tirer sa citation des *Digesta* de Julien. Deux faits concourent à confirmer notre hypothèse de l'origine sabinienne de la citation faite par Tryphoninus : 1° Il est vraisemblable *(infra*, p. 364) que Sabinus s'est occupé de la perpétuation de la *condictio adversus furem;* 2° Tryphoninus, pour justifier la règle qu'il énonce, se réfère à la définition sabinienne du *furtum :* Qui primo

De là nous concluons aussi que les *veteres* dont parle Tryphoninus sont des jurisconsultes de la période républicaine, antérieurs à Servius Sulpicius[1].

Qu'est-ce qui appartient en propre aux *veteres* dans la décision de Tryphoninus ? Peu de chose : uniquement le principe de la perpétuation de la *condictio* contre le voleur : *durare condictionem veteres voluerunt*. Ce sont sans doute là les termes mêmes qu'employaient les *veteres*. Car ces termes reparaissent par deux fois chez Ulpien, avec la valeur d'une expression technique consacrée :

Ulpien *(l. XLII ad Sabinum)* :

... Si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem adversus heredem durare[2].

Ulpien *(l. XXVII ad edictum)* :

In re furtiva condictio ipsorum corporum competit : sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit condictio; si non optulit, durat condictio aestimationis eius : corpus enim ipsum praestari non potest[3].

De ces rapprochements on peut tirer trois idées :

1° La première, assez sûre, est relative aux origines du brocard *Fur semper moram facere videtur*. Les *veteres* s'étant bornés à décider d'abord que la *condictio* se perpétuerait, le brocard n'a dû être imaginé qu'après coup, pour exprimer en une formule plus saisissante les conséquences du principe adopté[4]. Il n'a pu prendre sa forme définitive qu'à une époque où la théorie de la demeure était établie, et sa terminologie fixée[5]. Il semble bien, d'après Paul

invito domino rem contrectavit... Cf. Sabinus cité par Gell., XI, 18, 20 : Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet..

[1] Nous adoptons donc l'opinion défendue par M. H. Krueger, pour qui les *veteres* cités par Tryphoninus sont les jurisconsultes de la période préservienne *(Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXI, 1900, R. A., p. 421), et nous nous écartons de l'opinion défendue par M. R. von Mayr, pour qui ce sont Sabinus, Julien, Marcellus et Scaevola.

[2] *Dig.*, 13, 1, fr. 7, 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 1168, n° 2876.

[3] *Dig.*, 13, 1, fr. 8, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 575, n° 781.

[4] Pernice, *Labeo*, II, 2², p. 22; p. 81.

[5] Voy. l'histoire de cette terminologie dans Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 18-25. Voy. aussi Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, I (1892), pp. 841-844. Les expressions

(l. XVII ad Plautium), que l'expression *moram facere*, prise dans son sens technique, n'apparaisse pour la première fois que chez Celse le fils, c'est-à-dire au début du IIe siècle [1]. D'ailleurs Ulpien n'aurait pas manqué de reproduire ce même brocard dans le passage précité de ses *Libri ad Sabinum*, s'il l'avait rencontré dans le texte qu'il commentait. Or il ne l'a mentionné que dans ses *Libri ad edictum*[2]. Toute la fin du fragment de Tryphoninus que nous étudions (depuis *quia videtur*...) est étrangère aux *veteres*. Nous n'attacherons donc aucune importance, pour notre époque, aux mots *quam nec debuit auferre* : on ne peut s'appuyer sur eux pour soutenir que la *condictio ex causa furtiva* s'appliquait, dès le temps des *veteres*, au *furtum* avec soustraction. Ils ne valent que pour le temps de Tryphoninus ou de l'auteur que Tryphoninus a immédiatement suivi.

2° La deuxième conclusion est plus hypothétique. Nous venons d'indiquer qu'un des passages d'Ulpien sur la matière est tiré de ses *Libri ad Sabinum*. D'où l'on conclut que Sabinus s'était peut-être occupé de cette question ou d'une question voisine. Mais il est bien difficile de savoir quelle était la portée du *Sabinianum* utilisé par Ulpien. On pourrait se demander si ce n'est pas Sabinus qui a imaginé la règle de la perpétuation de la *condictio*. Mais cette conjecture ne serait pas vraisemblable : Tryphoninus parle des *veteres* pris en bloc. D'ailleurs la règle était déjà admise par la pratique du temps de Sabinus. Cela ressort d'un témoignage de Paul *(l. LXXII ad edictum)*[3] :

techniques relatives à la *mora* auraient affecté deux formes distinctes : 1° *Per aliquem mora est quominus*... C'est la plus ancienne, qu'on trouve par exemple dans la loi Acilia *repetundarum*, l. 25, chez Labéon *(Dig.*, 32, fr. 30, 5) et chez Sabinus *(Dig.*, 45, 1, fr. 105); 2° *Aliquis est in mora, quominus*... Voy. p. ex. Iavolenus *(Dig.*, 45, 1, fr. 105).

[1] Paul., *l. XVII ad Plautium. Dig.*, 45, 1, fr. 91, 3. Lenel, *Paling.*, I, c. 161, n° 221. Mais il résulte de ce texte même que la théorie de la demeure avait commencé à s'esquisser avant Celse. Girard, *Manuel*[5], p. 650, 2.

[2] *L° c°*, § 1. Le passage fait d'ailleurs visiblement allusion à la théorie de Celse sur les offres de paiement susceptibles d'anéantir les effets de la *mora*. Ulpian., *Dig.*, 13, 1, fr. 8 pr. : si quidem optulit fur...; si non optulit... Cf. Paul., *Dig.*, 45, 1, fr. 91, 3 : Celsus adulescens scribit eum qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo...

[3] Dig. 45, 1, fr. 83, 7. Lenel, *Paling.*, II, c. 1089, n° 798; Bremer, II, 1, p. 535. Cf. *Basil.*, 43, 1, 83, 7 (*Basilicorum libri LX*, vol. VII. *Supplementum*, edd. Ferrini et Mercati, p. 64). Von Mayr, *Condictio*, p. 158, 1.

Stichum, qui decessit, si stipuler, si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi, utiliter me stipulatum Sabinus ait ; si vero ex aliis causis, inutiliter, quia et si deberetur, morte promissor liberetur. Idem ergo diceret et si mora facta defunctum stipularer.

La perpétuation de la *condictio ex causa furtiva* est donc une règle certaine, bien établie au temps de Sabinus. Le texte que nous venons de reproduire confirme d'ailleurs notre thèse sur les origines du brocard *Fur semper moram facere videtur :* Paul ne s'exprimerait pas comme il le fait si Sabinus avait employé pareille formule.

En résumé, la *condictio ex causa furtiva* donnée au temps des *veteres* contre l'auteur d'un *furtum* sans soustraction paraît, dès cette époque, se perpétuer contre le *fur* dépossédé. Sabinus n'a fait que reprendre — et généraliser comme nous le verrons — cette *condictio*.

3° Le témoignage de Tryphoninus et celui de Sabinus ne parlent que de la perpétuation de la *condictio adversus furem*. Le raisonnement de Tryphoninus met ce point en évidence, car il se réfère exclusivement au voleur. C'est Ulpien seulement qui parle de la perpétuation de la *condictio adversus heredem furis*, et il en parle en des termes dubitatifs qui marquent qu'il propose une extension sujette à contestation : *dicendum est... condictionem durare*. Il est peu probable que Sabinus ait connu la perpétuation de la *condictio adversus heredem ;* il est certain que les *veteres* ne l'ont pas connue.

2

Les autres décisions des *veteres* sur le *furtum* sont plus faciles à localiser chronologiquement.

Nous avons déjà rencontré, parmi les fragments de ce genre qui appartiennent certainement aux prudents antérieurs à Servius, le *responsum* rapporté par Gaius « de eo qui in aciem (equum) perduxisset », attribué par lui à des *veteres* anonymes (nous savons qu'il remonte à J. Brutus)[1] ; la controverse des *antiqui legum inter-*

[1] Gaius, III, 196. *Supra*, p. 333. Nous ne savons s'il faut aussi rapporter aux *veteres* un *responsum* anonyme, relatif à un cas de *furtum usus* que cite Ulpien (*l. XIII ad edictum provinciale*, *Dig.*, 47, 2, fr. 55 (54), 1 : Eum qui quod utendum accepit, ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est

pretes (au nombre desquels se rangeait probablement Q. Mucius) sur la question de savoir à qui, du commodataire ou du commodant, appartient l'action *furti*[1]. A ces textes nous en devons joindre plusieurs autres.

Nous mentionnerons en premier lieu un fragment d'Ulpien *(l. XXXIX*[2] *ad Sabinum)*:

Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur; neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare. Idcirco nec actio ei a veteribus prodita est[3].

Il y a deux parts à faire dans ce fragment: 1° L'énonciation d'un fait : les *veteres* ne donnaient pas l'action *furti* à raison des détournements commis par un esclave aux dépens de son maître, par un fils aux dépens de son *paterfamilias*. 2° L'explication de ce fait, évidemment étrangère aux *veteres* et postérieure à eux : « Les esclaves et les fils de famille peuvent bien, dit Ulpien, voler leur maître ou leur père, mais ils ne sont pas tenus *furti* : celui qui peut punir lui-même le voleur n'a pas besoin de plaider contre lui. » D'autres textes donnent une explication un peu différente : « Nous ne pouvons pas plus agir contre ceux qui sont en notre puissance, dit Paul[4], que contre nous-mêmes. » Au fond, les deux explications contiennent chacune une part de vérité[5], et le rapprochement d'autres droits qui ne donnent pas non plus d'action pour réprimer le vol intrafamilial[6] permet de les relier à leur origine historique

[1] *Cod. Just.*, VI, 2, const. 22. *Supra*, p. 349.

[2] Indication de livre erronée. Il faut lire *l. XXIX* (Lenel, *Paling.*, II, c. 1127, 1), ou *l. XL* (Krueger, dans son édition du *Digeste*).

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 17, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 1127, n° 2735; Bremer, II, 2, p. 512. Pour M. Beseler *(Beiträge*, II, p. 121), toute la fin du texte *(Neque enim... prodita est)* serait interpolée. Mais nous ne croyons pas beaucoup à la valeur du critérium d'interpolation tiré des mots *necesse habere (supra*, p. 349, 4). La plupart des auteurs qui se sont occupés de ce texte l'ont considéré comme pur. Voy. notamment Solazzi, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio. Bull. dell' Ist. di dir. romano*, XI (1898), p. 152; Zanzucchi, *Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi. Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XLII (1906), p. 72, 3.

[4] Paul., *l. VII ad Sabin.*, *Dig.*, 47, 2, fr. 16. Lenel, *Paling.*, I, c. 1274, n° 1773. *Inst. Just.*, IV, 1, 12.

[5] Cf. pourtant Girard, *Les actions noxales. Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XI (1887), p. 419, 2.

[6] Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*. Oldenburg et Leipzig, 1875, II, p. 425; Huvelin, *Magie et droit individuel. Ann. sociol.*, VIII (1907), p. 12.

commune. L'action *furti* est issue de la vengeance privée, qui s'exerce entre personnes de familles différentes. Au sein d'une même famille, il n'est pas question de vengeance, mais de châtiment infligé par le chef comme magistrat domestique.

Ainsi la règle posée paraît ancienne, puisqu'elle se rattache aux vieilles traditions relatives à la vengeance privée. Comme d'ailleurs Ulpien et Paul la commentent tous deux dans leurs *Libri ad Sabinum*, nous pouvons penser — et cette hypothèse se confirmera plus tard[1] — qu'ils l'ont recueillie chez Sabinus, et que la citation qu'Ulpien fait des *veteres*[2] provient de la même source. Aussi avons-nous placé notre fragment dans la série préservienne des textes qui proviennent des *veteres*.

3

Nous avons déjà rencontré[3] chez Gaius l'écho d'une controverse qui divisait les *veteres* relativement à l'effet de l'*addictio* du *fur manifestus* :

Liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat ; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant[4].

La controverse sur les effets de l'*addictio* n'avait de raison d'être qu'au temps où l'action prétorienne *furti manifesti* au quadruple n'existait pas encore. Or nous savons qu'elle existait certainement au temps de Sabinus[5]. Donc les *veteres* dont parle Gaius sont nécessairement antérieurs à Sabinus. Il faut les chercher dans la série préservienne des anciens jurisconsultes plutôt que chez les contemporains ou les successeurs immédiats de Servius Sulpicius, car les sources de Gaius se rattachent à la tradition sabinienne, et la tradition sabinienne ne comprend pas l'école servienne dans la série des *veteres*.

[1] *Infra*, c. XVI, § 15.

[2] Le texte correspondant des *Basiliques* (60, 12, 17, pr. et sch. 1) attribue aux anciennes lois l'exclusion de l'action *furti* : οὐδὲ ἀγωγὴ πατρὶ κατὰ παιδὸς, ἢ δεσπότῃ κατὰ δούλου ἐκ τῶν πάλαι νομίμων ἐδόθη.

[3] *Supra*, pp. 56-57.

[4] Gaius, III, 189.

[5] *Infra*, c. XVI, § 4. M. Desserteaux (*Etudes sur la formation historique de la Capitis deminutio*, I, Dijon, 1909, p. 129) croit que les *veteres* dont parle ici Gaius sont des jurisconsultes du début de l'Empire.

La controverse avait de l'intérêt : pour les uns, le *fur addictus* devenait esclave du volé, c'est-à-dire qu'il subissait une *capitis deminutio maxima*. Pour les autres, il conservait la cité et la liberté, comme le *iudicatus* qui n'avait été *addictus* qu'après une *manus iniectio* régulière. Il est évident[1] que le deuxième système est un adoucissement du premier. Il se rattache apparemment à cette réaction contre l'ancienne répression du vol dont Labéon se faisait l'interprète[2], réaction qui a fini par substituer la *poena quadrupli* prétorienne à l'*addictio* civile. Aussi doit-il être postérieur au premier. Le très ancien droit traitait toujours, croyons-nous, le *fur addictus* comme un esclave[3].

Cette conclusion n'est pas seulement basée sur les vraisemblances générales de l'évolution. Elle s'appuie sur des témoignages précis que nous connaissons déjà[4], et dont il suffira de rappeler les passages essentiels :

Aulu-Gelle :

... Lex... quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit[5]....

Gaius :

[1] Cf. pourtant M. Desserteaux (*l° c°*, pp. 129 et 169), pour qui l'évolution se serait effectuée dans le sens d'une aggravation de la répression. Mais le sénatus-consulte Claudien n'est peut-être pas une innovation. C'est bien plutôt, — et nous le démontrerons dans le deuxième volume des présentes Etudes, — un cas résiduel de l'*addictio* sanctionnant le *furtum* : ce cas unique a été rétabli par la loi après que l'*addictio* a été remplacée d'une façon générale par la *pœna quadrupli*.

[2] *Supra*, pp. 229-230; *infra*, c. xvii, § 8.

[3] En ce sens déjà Bynkershœk, *Observat.*, III, 16; Van der Hœven, *De furtis ex iure XII Tabularum*, p. 39; Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 751, 2 (avec un argument tiré du droit international) et pp. 945-946 *Dr. pén. romain*, tr. Duquesne, III, pp. 55, 2 et 287-288 : Hitzig, *Beiträge zur Lehre vom Furtum. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXIII (1882), R. A., p. 323; Goyet, *La manus iniectio*, p. 25. *Contra* Karlowa, *R. R. G.*, II, pp. 256-257; Desserteaux, *l° c°*, pp. 127-129. Cf. H. Krueger, *Geschichte der capitis deminutio*, I, pp. 367 et sqq.

[4] Il n'y a rien à tirer ici du texte de Caton (Gell., XI, 18, 18 : fures privatorum furtorum in nervo et compedibus aetatem agunt). Si le *nervus* et les *compedes* sont mentionnés à propos des *iudicati* (*XII Tab.*, III, 3), ils le sont aussi à propos des esclaves. C'est précisément Caton (*De agri cultura*, cc. 56 et 57, éd. Keil, I, pp. 54 et 55) qui nous renseigne sur l'usage d'envoyer les esclaves travailler enchaînés (*compediti*) dans les vignes. Bien plus, les mots *aetatem agunt* s'entendent mieux d'esclaves dont la servitude dure indéfiniment que d'*adiudicati*, dont l'assujettissement n'est que temporaire. Cf. Desserteaux, p. 129.

[5] Gell., *N. A.*, XX, 1, 7.

Poena manifesti furti... capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat[1].

Ajoutons à ce texte les gloses qui désignent le vol flagrant comme un *capitale crimen*[2]. La *poena furti* ne serait pas désignée comme capitale si elle n'entrainait pas une *capitis deminutio*.

Notre conclusion cadre exactement avec ce que nous savons de l'*addictio* dans le *Poenulus*. Pour Plaute l'effet de l'*addictio* du *fur manifestus* est bien de faire de ce *fur* l'esclave du volé[3].

4

Nous voyons ainsi, dans la controverse sur l'*addictio* du *fur manifestus*, s'affirmer la tendance des vieux jurisconsultes à rendre la répression plus humaine. D'autres textes montrent aussi les *veteres* préoccupés de mieux analyser la notion de l'acte délictueux. Nous y voyons s'esquisser peu à peu une doctrine du *furtum*, qui vise notamment à caractériser les éléments constitutifs du délit.

A vrai dire, les *veteres* ne définissent pas encore, et ne classent pas systématiquement ces éléments. Mais ils fournissent des solutions spéciales qui impliquent certaines conceptions générales, plus ou moins nettes, plus ou moins catégoriques. En rapprochant ces solutions, on peut formuler les deux propositions suivantes : 1° Tout *furtum* requiert l'existence d'un élément matériel, qui est un acte du voleur. 2° A côté de cet élément matériel, on commence à exiger aussi un élément intellectuel, qui est la mauvaise foi du voleur. Mais cet élément intellectuel demeure souvent encore dans l'ombre.

A l'époque classique, l'élément matériel du *furtum*, c'est une *contrectatio rei*, c'est-à-dire un maniement, un attouchement du voleur portant sur la chose volée.

Les *veteres* n'en sont point arrivés là, tant s'en faut. Ils n'exigent pas unanimement un maniement de la chose par le voleur ; quelques-uns d'entre eux au moins admettent qu'un *furtum* peut

[1] Gaius, III, 189.
[2] *Infra*, c. VI, § 6.
[3] *Supra*, pp. 186-187.

résulter d'une simple volition. Ils n'exigent pas non plus toujours que l'acte du voleur porte directement sur l'objet du délit. Nous pourrions dire, en transposant ici la terminologie imaginée à propos du *damnum iniuria datum*, qu'ils ne s'entendent point encore pour admettre que le *furtum* doive se commettre *corpore* et *corpori*.

Sur le premier point cependant, une majorité s'était peut-être formée. Nous en trouvons la preuve dans un témoignage de Paul *(l. LIV ad edictum)* :

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur [1].

Interprétons d'abord ce texte tel qu'il est. Je dépose un objet de valeur entre les mains de Primus. Primus est détenteur de cet objet pour mon compte : j'en conserve la possession juridique. Primus s'avise de voler cet objet. Comment peut se consommer l'*interversio possessionis* ? Comment Primus peut-il acquérir en son nom propre les interdits ?

Le *responsum* rapporté par Paul considère l'*interversio possessionis* comme liée au *furtum* : pas de *furtum*, pas d'*interversio*. Tout revient donc à savoir si l'intention de nier un dépôt constitue un *furtum*. Deux cas sont possibles : ou bien l'intention est accompagnée d'une *contrectatio*, ou bien elle ne l'est pas.

a) Primus joint à l'intention de nier le dépôt une *contrectatio*, c'est-à-dire un acte affectant matériellement l'objet déposé. Par exemple, Primus change de place cet objet (= *si eam loco non moveris)*. Remarquons en passant que ce déplacement n'est pas, au sens technique du mot, une *subreptio*, une soustraction, puisque l'objet déplacé était déjà aux mains de Primus. Primus commet un vol (qu'on classerait parmi les *furta impropria)*. Il acquiert donc la possession.

b) Primus a bien l'*animus infitiandi*, mais il ne touche pas à l'objet déposé. Il n'y a pas là de *furtum*, faute d'un élément maté-

[1] *Dig.*, 41, 2, fr. 3, 18. Lenel, *Paling.*, II, c. 209, n° 184; I, c. 1066, n° 658; Brunner, II, 2, p. 515.

riel : car l'élément intentionnel ne suffit pas à constituer un *furtum*. Les *veteres*, ou du moins la majorité d'entre eux (= *plerique veterum*) décident que je ne perds pas la possession. Primus n'acquiert pas les interdits ; il continue de posséder en mon nom.

Tel est le sens du texte si on l'interprète comme un ensemble cohérent. Sens moins satisfaisant d'ailleurs qu'il ne paraît à première vue. En y regardant de près, on s'aperçoit que ce qu'on prenait pour un bloc massif n'est qu'un assemblage de morceaux disparates, d'âges inégaux, de provenances diverses, plus ou moins habilement ajustés, rapiécés, maquillés, par des artisans successifs qui les ont remis au goût de leur temps. On reconnaît la main de certains *veteres*, celle de Sabinus, celle de Cassius, celle de Paul, celle des compilateurs de Justinien, et on soupçonne encore des interventions anonymes. C'est une entreprise désespérée que d'interpréter historiquement pareille mosaïque. Voici ce qu'on peut dire, croyons-nous, de moins hasardeux.

Une première difficulté réside dans l'interprétation des mots *plerique veterum et Sabinus et Cassius*. Quels sont les *veteres* à qui Paul attribue le *responsum* qu'il cite ? S'agit-il de *veteres* mentionnés par Sabinus et Cassius ? S'agit-il au contraire de contemporains de Sabinus et de Cassius, qui seraient ainsi rangés eux-mêmes parmi les *veteres*?

Pernice, qui ne se pose même pas la question, admet la deuxième opinion comme allant de soi[1]. Nous croyons cependant que la première doit l'emporter. Nous savons d'abord que la désignation de Cassius et de Sabinus comme *veteres* est exceptionnelle ; c'est précisément Pernice qui a fait cette remarque, sans même y apporter les restrictions que nous avons admises. Au reste, le texte est assez significatif. Puisqu'il énumère distributivement et successivement les *veteres*, Sabinus et Cassius, on ne peut guère soutenir que Sabinus et Cassius rentrent dans le premier groupe ; sinon Paul eût écrit : « Plerique veterum, ut Sabinus et Cassius[2]... » Nous savons d'ailleurs que Sabinus, et Cassius après lui, ont beaucoup cité les *veteres*. Nous possédons même en ce sens un témoi-

[1] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 110. Das ist durch die *plerique veterum* ausdrücklich Labeo Sabin Cassius festgestellt.

[2] Cf. p. ex. Gaius, I, 188. « Veteres dubitaverunt, an furtum faceret, et Q. Mucius.... ; alii....., ut Ser. Sulpicius...

gnage, particulièrement significatif parce qu'il émane de Paul comme le nôtre, et qu'il emploie, pour citer ses sources, presque les mêmes termes que le nôtre ; c'est un passage des Fragments du Vatican : « Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit..., non videtur bona fide emisse ; itaque et veteres putant, et Sabinus et Cassius scribunt[1]. » La tournure employée ne permet pas, semble-t-il, de douter que Paul ait cité les *veteres* d'après Sabinus et Cassius. Il doit en être de même ici. Les *veteres* de notre texte doivent appartenir à la série préservienne des *veteres*.

Mais une seconde difficulté surgit : quelle est la part respective des *veteres*, de Sabinus, de Cassius, de Paul et de Tribonien dans l'élaboration de notre texte ?

Présentons d'abord quelques observations de forme pouvant servir à accrocher nos conjectures.

La question posée au début du fragment se présente sous forme d'alternative : *Si rem... contrectaveris...; sed si eam loco non moveris.* On est surpris de constater que les deux branches de l'alternative ne s'équilibrent pas. *Contrectare* n'est pas synonyme de *loco movere.* C'est une expression beaucoup plus compréhensive. Nous avons dû supposer, en interprétant pour la première fois notre passage, que l'auteur prenait le déplacement de la chose comme un exemple de *contrectatio.* Mais, ce faisant, nous ajoutions au texte quelque chose qui ne s'y trouve pas. Le *responsum* des *veteres* paraît n'avoir prévu originairement que le déplacement de la chose déposée.

Remarquons d'ailleurs, ce qui confirme notre hypothèse, que nous rencontrons pour la première fois ici les mots *contrectare*, *contrectatio.* Aucun des textes juridiques que nous avons étudiés jusqu'à maintenant, aucun de ceux que nous étudierons avant la deuxième moitié du VIIIe siècle U. C., n'emploie ces mots pour désigner le fait matériel constitutif du *furtum.* Peut-être le grammairien Varron s'en est-il servi dans ce sens. Mais Sabinus est le premier juriste qui emploie ces mots (ou le mot apparenté *attrectare*), et il paraît bien en avoir consacré l'usage dans la langue

[1] *Fragm. Vat.*, 1. Cf. PAUL., *l. VIII ad Sab. Dig.*, 18. 1. fr. 27 :... non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.

juridique[1]. Nous concluons donc : ni le passage *si rem apud te .. possidere*, ni le passage *quia furtum... admittatur* n'appartiennent aux *veteres*.

Ce dernier passage (quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur) a même bien des chances d'être interpolé, au moins en partie. Le désaccord des modes employés *(potest, admittatur)* révèle l'intervention de deux mains différentes. L'emploi simultané, dans une même phrase, de l'indicatif et du subjonctif après une même conjonction constitue un critère bien connu d'interpolation[2]. Les mots « nec animo furtum admittatur » proviennent des compilateurs de Justinien, qui ont voulu préciser une doctrine que Sabinus n'eût sans doute pas formulée ainsi[3].

Voilà à peu près[4] tout ce que peut donner l'examen de notre passage dans sa forme; examinons-le au fond[5].

Il s'agit de savoir si l'*infitiatio depositi* suffit à déplacer la possession. Sabinus répond que la possession n'est déplacée que s'il y a *furtum*, et qu'il n'y a pas de *furtum* sans *contrectatio* : donc il n'admet pas d'*interversio possessionis* sans *contrectatio*.

Cette décision peut-elle provenir de la majorité des *veteres (plerique veterum)*[6]? Nous ne le pensons pas. Elle suppose déjà admise la règle *Furtum possessionis fit*, encore inconnue des juris-

[1] *Infra*, c. XI, § 5.

[2] KALB, *Das Juristenlatein*², Nürnberg, 1888, p. 67; H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris, 1894, p. 65.

[3] SABINUS admettant, semble dire AULE-GELLE (V. A., XI, 18, 23) « furtum sine ulla... adtrectatione fieri posse sola mente atque animo, ut furtum fiat, admitente ». Mais de l'exemple qu'il donne (*Ibid.*, 24, HUSCHKE-SECKEL-KLEBLER⁶, I, p. 73, n° 4; BRUNS, II, 1, p. 518, n° 127), il résulte seulement que SABINUS admettait le vol réalisé *animo suo, corpore alieno* : ce qui écarte toute contradiction de fond entre le texte de PAUL et l'allégation d'AULE-GELLE (*Infra*, c. XVI, § 13). Toutefois, dans la forme, SABINUS n'eût pas dit : *nec animo furtum admittatur*.

[4] On pourrait encore remarquer que, dans la première phrase, il y a disparate entre le passé *contrectaveris* et le présent *desino* : car la perte de la possession est nécessairement concomitante de la *contrectatio*. On devrait lire : *Si... contrectes, desino*, ou bien : *Si... contrectaveris, desii*.

[5] Pour l'analyse de cette doctrine, voy. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, pp. 17 et sqq.; *Diritto penale romano*, pp. 260 et sqq.

[6] Nous acceptons l'affirmation de SABINUS sur le nombre des *veteres* qui professaient la doctrine par lui recueillie. Mais on ne saurait méconnaître que cette affirmation pourrait être tendancieuse.

consultes de la fin de la République et de Labéon[1], que Sabinus semble avoir fait triompher. Les *veteres* qu'invoquait Sabinus avaient dû se prononcer, non sur la question d'*interversio possessionis*, mais uniquement sur la question de savoir si l'intention de nier un dépôt *(animus infitiandi)* consomme un *furtum*. Paul les fait témoigner, il est vrai, en matière d'*interversio possessionis (= possessorem me manere)* : mais, dans une citation de seconde main, une légère inexactitude n'est pas faite pour surprendre.

Pourquoi les *plerique veterum* refusent-ils d'attacher à l'*animus infitiandi* les sanctions du vol? C'est que pour eux, par interprétation des termes de l'ancienne *vindicatio* par laquelle s'introduisait l'action *furti*, il n'y a de vol que si l'on réunit les deux éléments de la volonté *(consilium)* et de l'acte matériel[2] *(ops)*. Le dépositaire a bien avec la chose qu'il détient un contact matériel facile à prouver. Mais comment prouver le *consilium?* Une volition ne se manifeste que par quelque acte extérieur. C'est cet acte qu'exigent les *plerique veterum*.

Cet acte pourrait sans doute consister, non seulement en un déplacement de la chose, mais en un refus caractérisé de la rendre. Remarquons en effet que notre texte ne parle que d'*animus infitiandi*. Il ne parle aucunement d'*infitiatio* ou de *negatio depositi*[3]. On a donc tort de le rapporter au fait de refuser la restitution du dépôt. Même chez Sabinus, l'*infitiatio depositi* constitue encore un *furtum*. La preuve en est fournie par divers témoignages que nous retrouverons plus loin, qui donnent, par exemple, l'action *furti* et la *condictio ex causa furtiva* contre un gagiste qui, ayant reçu paiement, refuse de restituer le gage[4], ou contre un séquestre qui refuse de rendre au gagnant d'un pari les enjeux qu'il détient[5]. Ce dernier témoignage est de Sabinus. Donc, si l'on ne distinguait pas soigneusement l'*animus infitiandi* et l'*infitiatio*, Sabinus serait en contradiction avec lui-même. C'est seulement après le début de

[1] *Infra*, c. XIV, § 7.

[2] *Infra*, § 7.

[3] Ceci est précisé par le passage correspondant des *Basiliques* (50, 2, 2, 18) : κἂν ἀρνεῖσθαι προήρηται...

[4] *Infra*, c. XV, § 1.

[5] *Dig.*, 19, 5, fr. 17, 5 : Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit : nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat.

l'Empire que l'*infitiatio depositi* a cessé de consommer un *furtum*, et qu'on a pu formuler la règle que rapporte Paul *(l. XXXIX ad edictum)* :

Is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultaverit[1].

5

Si les *plerique veterum* refusaient d'admettre que l'*animus infitiandi* suffit à transformer le dépositaire en voleur, d'autres *veteres* étaient d'un avis opposé. Les mots *plerique veterum responderunt* attestent l'existence d'une minorité dissidente[2]. Seeger et Pernice ont supposé, non sans apparence de raison, que cette minorité admettait un *furtum* résultant, sans acte matériel extérieur, du seul *animus infitiandi*[3]. Ferrini a combattu cette hypothèse, en prétendant qu'on aurait tort d'appliquer au *furtum* un texte qui ne vise que l'acquisition de la possession[4] ; — mais en vain, car nous venons de montrer que la partie du texte qui remonte aux *veteres* ne pouvait traiter que du *furtum*. Peut-être subsiste-t-il d'ailleurs une trace de l'opinion des dissidents dans un témoignage inséré au Digeste. Il s'agit d'un fragment de Celse *(l. XII Digestorum)* ainsi conçu :

Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est) : sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert, in digito habeat anulum an dactyliotheca, quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit[5].

Les incorrections abondent dans ce passage. Ferrini a reconnu que les mots *licet prope furtum est* sont interpolés[6] ; mais les mots

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 1, 2. Cf. *Basil.*, 60, 12, 1, 2, et sch. 3 à 5.

[2] Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 332, 1.

[3] Seeger, *Der Versuch des Verbrechens nach römischem Recht*, 1889, p. 41 ; Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 116. Ces auteurs disent : de la seule *infitiatio*. Mais nous avons vu qu'il faut corriger leur doctrine.

[4] Ferrini, *Diritto penale*, p. 261.

[5] *Dig.*, 47, 2, fr. 68, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 1155, n° 106. Basil., 60, 12, 67, pr.

[6] Ferrini, *Diritto penale*, p. 260. Remarquons aussi l'emploi de l'indicatif *est* après *licet*. Cf. Kalb, *Spezialgrammatik zur selbstständigen Erlernung der römischen Sprache*, 1910, p. 297 ; *Das Juristenlatein*, pp. 66-67 ; Kriebs-Schmalz, *Antibar-*

nec enim furtum est ipsa infitiatio ne supportent pas mieux la critique, et se rangent immédiatement parmi les glossèmes ou les interpolations explicatives. Le sujet de la phrase *Sed si possessionem... facit furtum* n'est pas exprimé, puisque le sujet de la phrase *Infitiando depositum nemo facit furtum* ne peut s'intercaler ici : il apparaît assez que les deux phrases se soudent maladroitement l'une à l'autre. En outre, *eius* ne peut être que le complément de *possessio*[1] et ne peut se rapporter, dans ce qui précède, qu'à *depositum* : mais *possessio depositi* est insolite, et même, à notre connaissance, sans exemple[2]. La dernière phrase semble, au contraire, assez correcte[3] ; de plus, elle est introduite par l'expression *nec refert*, l'une de celles que Celse emploie le plus fréquemment, et qui paraissent caractéristiques de son style[4]. Enfin on ne peut méconnaître la contradiction intrinsèque qui existe entre cette phrase et le développement précédent. « Pas de vol sans déplacement de possession », semble dire d'abord Celse. Mais la dernière phrase poursuit : « Peu importe que le dépositaire ait à son doigt ou dans une vitrine la bague qu'on lui avait confiée, du moment qu'il a décidé de la garder pour lui. » On saisit cependant, au point de vue de la doctrine consacrée par Justinien, la différence des deux hypothèses indiquées ici : en passant la bague à son doigt, le dépositaire aurait commis une *contrectatio*, susceptible de déplacer la possession et de consommer un *furtum*. En la laissant dans sa *dactyliotheca*, où il devait normalement la garder, il n'aurait pas commis de *contrectatio*, pas d'*interversio possessionis*, donc pas de *furtum*[5]. Or Celse

barus der lateinischen Sprache[7] (Bâle, 1908), II, p. 25. Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], v° *Infitiari*, p. 266, lisent ici : *licet prope furtum sit.*

[1] Vu l'intercalation d'*apiscatur*, on ne saurait admettre une construction *eius intervertendi causa.*

[2] Il faudrait admettre que *depositum* signifie ici *res deposita*, mais comment ce sens s'accorderait-il avec *infitiando?* On ne nie pas l'objet du dépôt, on nie le dépôt lui-même. Heumann-Seckel rangent à tort, à notre avis, les expressions *abnegare, infitiari depositum*, dans les exemples de textes où *depositum* signifie « *was hinterlegt ist* ». *Handlexikon*[9], V° *Deponere*, p. 137.

[3] Mommsen voudrait lire : *an dactyliotheca, quem deposito teneret.* Mais le texte nous semble parfaitement acceptable tel qu'il est. S'il fallait à toute force le corriger, nous préférerions lire : *in digito habeat an dactyliotheca anulum, quem...*, la transposition d'*anulum* après *habeat* pouvant s'expliquer suffisamment par la présence de *an.*

[4] Kalb, *Roms Juristen*, p. 50.

[5] Pour Ferrini, *Diritto penale*, pp. 260-261, les Proculiens auraient admis que

proclame que la distinction des deux hypothèses importe peu (= *nec refert*) ! Pour lui, le dépositaire commet un *furtum* aussi bien en laissant la bague dans sa *dactyliotheca* qu'en la passant à son doigt. Remarquons enfin que le début du fragment parle de l'*infitiatio*, et la fin, de l'*animus infitiandi* (= *habere pro suo destinaverit*). La conclusion se tire d'elle-même : le début du fragment est interpolé. Celse, d'accord sans doute avec la minorité des *veteres*, admettait encore que l'*animus infitiandi depositum* constituait à elle seule un *furtum*. Et c'est cette vieille doctrine qui a servi aussi de point de départ à la théorie rapportée par Nerva le fils, et adoptée probablement par les Proculiens[1], d'après laquelle il suffisait, pour déposséder le déposant, que le dépositaire prît la résolution de ne pas rendre ce qu'on lui avait confié.

Revenons au fragment 3, 18 (*Dig.*, 41, 2), et résumons les résultats des investigations que nous lui avons consacrées.

Nous croyons avoir rendu vraisemblables les deux idées suivantes :

1° Le *responsum* des *veteres* qu'il rapporte touchait à la théorie du *furtum*, non à celle de la possession.

2° La majorité des *veteres* estimait que l'*animus infitiandi* ne constituait pas un *furtum*; la minorité défendait l'opinion contraire, qui était probablement la plus ancienne. Les Proculiens sont restés fidèles à cette dernière. Mais Sabinus s'est rallié à la première, et l'a fait triompher, — sans doute parce qu'elle était plus commode pratiquement.

l'*infitiatio depositi* ne déplace pas la possession, uniquement parce qu'elle ne manifeste pas nécessairement et suffisamment l'intention du dépositaire de posséder désormais en son nom propre. D'où il suivrait que si, par exception, cette intention s'affirme avec assez de précision, ils n'auraient plus exigé de *contrectatio*. — C'est là pure imagination : les textes ne disent rien de tout cela.

[1] PAUL., *l. XXVI Quaest.*, *Dig.*, 41, 2, fr. 47 : Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi <permissam> possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est : cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consueverat. Idque Nerva filius libris de usucapionibus rettulit. La justification proposée hypothétiquement (= *cuius rei forsitan illa ratio est...*) est probablement due aux compilateurs. D'ailleurs, tout le texte a été certainement remanié (Voy., en dernier lieu, BESELER, *Beiträge*, III, p. 88). Mais on ne saurait suspecter les mots : Si rem mobilem apud te depositam tibi possidere neque reddere constitueris, amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est ; idque Nerva filius libris de usucapionibus rettulit.

On discerne facilement la portée du parti pris par Sabinus. La doctrine périmée laissait subsister intacte la ligne de démarcation entre la *subreptio* et le *furtum improprium*. Lorsque le voleur détenait déjà le corps du délit, l'élément matériel du *furtum* se réduisait, selon elle, à la prolongation d'un contact préexistant. Au contraire la doctrine triomphante tendait à effacer toute distinction entre la *subreptio* et le *furtum improprium*, et à faire du *furtum improprium* une variété du *furtum proprium*. C'est en s'appuyant sur elle que Sabinus allait proposer d'appliquer la disposition de la loi Atinia au *furtum improprium*.

6

Le parti des *veteres* qu'a suivi Sabinus supposait que l'élément matériel requis pour transformer le dépositaire infidèle en voleur était un déplacement (= *Si eam loco non moveris*). Mais Sabinus avait bien senti que cette expression était trop étroite, et c'est pourquoi il lui en substituait une autre plus large. En effet, les *veteres*, — ou au moins certains d'entre eux, — admettaient qu'on pouvait voler des choses non susceptibles de déplacement, c'est-à-dire des immeubles. Gaius rapporte en ce sens une *sententia quorundam veterum*, abandonnée d'ailleurs de son temps *(l. II rerum cottidianarum sive Aureorum)* :

... : abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri[1].

L'élément matériel du *furtum* était, dans ce cas, l'occupation ou la tradition clandestine de l'immeuble d'autrui. Sabinus lui-même avait d'ailleurs encore défendu cette doctrine dans son traité *De furtis* :

In quo, dit Aulu-Gelle[2], id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset.

[1] *Dig.*, 41, 3, fr. 38. Bremer, II, 2, p. 513 (Cf. Sabinus, dans Bremer, II, 1, p. 383). Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, I, *Die Condictionen*, Berlin, 1881, p. 29.

[2] Gell., *N. A.*, XI, 18, 13. Sur ce texte, voy. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 740, 2. (*Dr. pén. romain*, éd. Duquesne, III, p. 42, 4 ; Kniep, *Vacua possessio*, Iéna, 1886, I, p. 270.

Sabinus n'avait donc pas imaginé la théorie du *furtum* immobilier, puisqu'il l'avait recueillie à la fois dans la doctrine et dans la pratique judiciaire antérieures[1]. I. Dans la doctrine : le *furtum* immobilier était déjà admis par plusieurs *veteres*[2]. On ne dira pas, d'ailleurs, que Gaius entend appliquer cette dénomination à Sabinus lui-même et à quelques-uns de ses disciples : car précisément Gaius ne désigne jamais du nom de *veteres* les membres de l'école à laquelle il se rattache. II. Dans la pratique judiciaire : Sabinus s'appuyait notamment sur un jugement qui avait condamné pour vol un fermier coupable d'avoir vendu l'immeuble par lui affermé. En pareil cas l'élément matériel du *furtum* semble avoir consisté dans un acte accompli par le voleur sur la chose volée : c'est la tradition du fonds, effectuée par le fermier en exécution de la vente, qui a réalisé l'*interversio possessionis* (= *colonum... qui... possessione eius* (sc. *fundi*) *dominum intervertisset*) et consommé le *furtum*. Mais n'attachons pas toutefois trop d'importance aux termes employés par Sabinus. Les mots *possessione eius dominum intervertisset* semblent correspondre à une doctrine encore inconnue des *veteres*.

7

Le fait matériel constitutif du *furtum* suppose-t-il toujours et nécessairement, pour les *veteres*, le contact matériel du voleur avec l'objet volé ? Doit-on penser,— pour continuer de transposer ici la terminologie du *damnum legis Aquiliae*, — que le vol ne puisse être commis que *corpori* ?

[1] Cette constatation chronologique nous fournit une raison d'écarter l'ingénieuse théorie proposée par Hirzel sur les origines de la *condictio furtiva* (*Zum römischen Strafrecht. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, XIII (1900), p. 220). On sait que cet auteur pense que la *condictio furtiva* s'est développée comme *condictio possessionis* pour s'appliquer aux immeubles. Son introduction serait due à l'influence de Sabinus, qui aurait le premier proposé d'étendre aux immeubles la théorie du *furtum*. En ce sens Petit, *Fructus duplio. Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard*, II, 1912, p. 232, 4. Cette innovation aurait échoué en ce qui concerne l'action *furti*, mais aurait triomphé en ce qui concerne la *condictio*. Il y a du vrai dans cette hypothèse, mais la théorie du *furtum fundi* et celle de la *condictio ex causa furtiva* existaient bien avant Sabinus.

[2] Cf. Gaius, II, 51 : <cum> improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse... Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 25, pr. : Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse.

Les *veteres* résolvent la question par la négative. Nous possédons en effet un de leurs *responsa* d'où il résulte qu'ils se montraient moins exigeants à cet égard pour le *furtum* que pour le *damnum*. Ce *responsum* nous est transmis par Paul *(l. VII ad Plautium)* :

Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt[1].

On sait que le jurisconsulte Plautius, qui a écrit l'ouvrage commenté par Paul, est postérieur à Nerva et à Atilicinus, et antérieur à Neratius et à Javolenus[2] : il se situe donc vers la deuxième moitié du premier siècle (ap. J.-Christ). On sait aussi que Paul a conservé dans son commentaire bon nombre de fragments du texte commenté[3], reconnaissables, comme c'est le cas ici, à leur style. Notre *responsum*, que sa concision détache en quelque sorte du contexte plus verbeux qui l'encadre, doit provenir de Plautius[4], dont l'ouvrage n'était peut-être même qu'une collection de *responsa*[5]. Les *veteres* qu'il cite doivent donc appartenir à la série préservienne des *veteres*. Plautius est trop voisin encore de Sabinus ou de Labéon pour que nous n'admettions pas, pour interpréter ses citations des *veteres*, une règle analogue à celle que nous avons suivie pour les citations de ses devanciers immédiats.

Examinons maintenant le contenu de notre *responsum*.

Un muletier passait dans la rue, conduisant ses mules. Survient un malhonnête homme qui, sous un prétexte quelconque, lui cherche chicane et le traîne devant le préteur. Les mules, privées de leur gardien, périssent par accident, se perdent, ou sont volées. A première vue, il semble que le muletier n'a aucun moyen de se faire rendre justice, car son adversaire, en faisant une *in ius vocatio* même non fondée, a usé d'un droit défini, et l'action d'injures n'est pas encore donnée pour réprimer les abus du droit : le mouvement

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 67, 2. Lenel, *Paling.*, I, c. 1159, n° 1141 ; Bremer, II, 2, p. 513. *Basil.*, 60, 12, 66, 2 (Heimbach, V, p. 518).

[2] P. Krueger, *Quellen*², p. 173. M. Lenel le regarde comme contemporain de Pegasus *(Paling.*, II, p. 13); il a dû écrire sous les Flaviens.

[3] P. Krueger, *Quellen*², p. 173, n. 115; Lenel, *Paling.*, II, p. 13, 1.

[4] Cf. Lenel, *Paling.*, II, p. 13, 1 : Et in Pauli quidem ad Plautium libris pro certo dixerim ea omnia desumpta esse, in quibus Sabini Cassii Nervae Proculi Atilicini aliorumque veterum responsa vel opiniones referuntur. M. Bremer, II, 2, p. 232, fait aussi figurer notre *responsum* parmi les fragments de Plautius.

[5] En ce sens, Ferrini, *Atilicinus. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, VII (1886), R. A., p. 86.

jurisprudentiel qui a conduit à sanctionner par cette action les *in ius vocationes* vexatoires[1] s'ébauche à peine au temps de Labéon[2]. L'action *legis Aquiliae* ne s'applique pas davantage à un dommage qui n'a pas été causé *corpore*.

Mais les *veteres* donnent, paraît-il, l'action *furti* au muletier[3]. Remarquons que rien dans le texte du *responsum* n'indique que les mules aient été volées; les termes employés (= *si mulae perissent*) s'entendent tout aussi naturellement de mules mortes ou perdues[4]. Rien non plus n'indique que l'*in ius vocans* soit de connivence avec des voleurs qui les auraient enlevées. Rien n'indique enfin qu'il soit poursuivi *furti* au titre de complice. Ces quelques observations suffisent à écarter l'interprétation préconçue et arbitraire, proposée par Pernice et Cohn, qui voit dans l'*in ius vocans* le complice d'un vol. En réalité, l'*in ius vocans* commet un vol même si les mules ont péri tout à fait fortuitement, et il est l'auteur unique de ce vol[5].

Cette solution implique une notion fort large et imprécise de l'élément matériel du vol. L'*in ius vocans* a saisi le muletier et n'a pas touché aux mules. D'où nous concluons : l'acte extérieur par lequel se consomme le *furtum* ne suppose pas nécessairement un contact entre le voleur et l'objet du vol[6].

[1] Ulpian., *l. LVII ad edict.*, *Dig.*, 47, 10, fr. 13, 3 : Si quis per iniuriam ad tribunal alicuius me interpellaverit vexandi mei causa, potero iniuriarum experiri.

[2] Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 33 et sqq.

[3] Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 156-157 : « Natürlich haftet er als Gehilfe ». Cf. l'explication embarrassée qui précède. Cohn, *Beitrage zur Bearbeitung des romischen Rechts*, II, 1880, p. 33.

[4] *Perire* peut s'appliquer à un cas comme à l'autre. Horat., *Epist.*, I, 7, 86 : Oves furto, morbo periere capellae...; Ulpian., *l. V ad edictum*, *Dig.*, 50, 16, fr. 9 : Marcellus apud Iulianum notat verbo « perisse » et scissum et fractum contineri et vi raptum. Lorsque les textes juridiques ont en vue une perte résultant d'un vol, ils emploient ordinairement l'expression *per furtum* ou *furto perire* (*Dig.*, 18, 1, fr. 35, 4; 18, 6, fr. 15, 1). Cf. pourtant la scholie d'Heimbach-Heimbach aux *Basiliques* sur ce passage (60, 12, 66, 2, sch. 10), et Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen romischen Recht*, *Zeitschr. für das Privat. und offentliche Recht* de Grünhut, XXXVIII (1911), p. 37.

[5] Voy. aussi, parmi les auteurs qui voient dans notre texte un cas de complicité, Ferrini, *Diritto penale romano*, p. 301, et Pampaloni, *La complicità nel delitto di furto* (*Studi sopra il delitto di furto*, II, 1), 1900, et *Studi senesi* (XVI, 1899, pp. 19-55, XVII, 1900, pp. 197-217), p. 8 et sqq.; ils fournissent de bons exemples des contradictions et des complications auxquelles conduit l'interprétation des textes des *veteres* par la notion classique de la complicité.

[6] En ce sens, Desjardins, *Traité du vol*, p. 78. Nous adoptons cette interpréta-

La même idée ressort d'un jugement rapporté par Sabinus, et qui remonte sans doute aussi aux *veteres :*

Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit, furem esse hominis iudicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino obstitisset[1].

Un esclave se sauve. Il va croiser son maître, qui passe par hasard sur son chemin. Cette fâcheuse rencontre l'expose à être repris. Mais un citoyen complaisant se trouve là, et se place devant le fugitif en écartant les plis de sa toge, comme pour les rejeter sur ses épaules. Le maître continue sans rien voir, et le fugitif s'échappe. Il semble que le maître n'a aucun moyen de droit à faire valoir contre l'homme qui a ainsi favorisé la fuite de son esclave. Sabinus nous apprend cependant — et Aulu-Gelle tient l'information pour presque invraisemblable — que la jurisprudence ancienne lui donnait l'action *furti*. Ici encore, rien ne prouve qu'il y ait eu accord préalable entre l'esclave et son sauveur ; peut-être ne se connaissaient-ils même pas. Sabinus ne dit pas, d'ailleurs, que le passant complaisant ait été condamné comme complice : il ne peut exister de complicité ici, puisqu'il n'existe pas de délit principal. Un esclave en effet ne se vole pas lui-même[2] ; le maître n'a pas à agir *furti* contre le *fugitivus*, et, si celui-ci est traité, au point de vue de l'usucapion, comme une *res subrepta*, la soustraction n'est strictement commise que par celui qui l'appréhende. Il subsiste des traces de ces idées jusqu'au temps de Labéon, et même jusqu'au temps des jurisconsultes classiques, à une époque où cependant on tend à reconnaître à l'esclave une certaine personnalité[3]. Ainsi Labéon, examinant les sanctions dont on peut user contre la personne qui a délié un esclave enchaîné et lui a ainsi permis de fuir, ne songe pas une minute aux sanctions de la complicité : il songe seulement à l'action de dol[4].

tion, qui paraît la moins hasardeuse. Mais on pourrait se demander pourtant si les mules sont bien l'objet du *furtum*, ou si ce n'est pas plutôt le muletier?

[1] Gell., *N. A.*, XI, 18, 14.

[2] Du moins au temps des *veteres*. Le droit n'a changé qu'à partir de Sabinus. *Infra*, c. xvi, § 15.

[3] Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 36, pr. Cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 737, 1 et 746. 2 (*Droit pén. rom.*, trad. Duquesne, III, pp. 38, 3 et 49. 2).

[4] Autrement Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 211, et les citations.

Ulpien *(l. XI ad Edictum)* :

Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit?[1]

Mais Quintus (Cervidius Scaevola?)[2], en note sur ce passage, rectifie la solution de Labéon. Pour lui, l'action *furti* s'appliquera si le défenseur a agi avec l'*animus furandi;* mais s'il n'a agi que sous l'impulsion de la pitié, ce sera une action *in factum* :

Et ait Quintus apud eum notans : si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere.

Evidemment c'est au titre d'auteur principal, non au titre de complice, que défend ici à l'action *furti* la personne qui a délié l'esclave enchaîné : car c'est chez elle que Quintus exige l'existence de l'élément intentionnel sans lequel il n'est pas, de son temps, de *furtum*.

La distinction de l'acte accompli avec l'*animus furandi* ou sous l'empire de la pitié ne se rencontrait point dans le jugement relaté par Sabinus : sans doute n'exigeait-on pas, à l'époque où il fut rendu, que le voleur eût l'intention de réaliser un *lucrum*, peut-être même qu'il eût l'intention de nuire à autrui. Notons aussi que, dans ce jugement, l'élément matériel du vol consiste dans le fait de masquer la fuite d'un esclave[3]. Ce fait n'implique pas un contact immédiat entre le voleur et l'objet du vol. Somme toute, ici comme dans l'espèce du *mulio*, un geste quelconque entraînant un résultat préjudiciable pour le volé suffit.

8

Encore faut-il cependant que ce geste soit réalisé volontairement. Aucun des textes que nous venons de passer en revue ne

[1] *Dig.*, 4, 3, fr. 7, 7. LENEL, *Paling.*, I, c. 506, n. 35; BREMER, II, 1, p. 102. *Basil.*, 10, 3, 7, 7.

[2] PERNICE, *Labeo*, I, pp. 84-87. M. KRUEGER, *Quellen*², p. 157, 24, pense aussi à Q. SATURNINUS; M. BIONDO BIONDI (certainement à tort), à Q. MUCIUS SCAEVOLA (*Studi sulle actiones arbitrariae*, I, Palermo, 1913, n. 82, 3).

[3] Nous ne disons pas « cacher » (*celare*) un esclave. *Cacher* a, dans les textes classiques, un sens technique, et désigne le fait de recevoir et de retenir clandestinement chez soi la chose d'autrui. On verra que *celare* implique la même notion que *recipere*, mais en l'aggravant. *Infra*, § XVI § 92. Or il est bien certain que le passant complaisant dont parle le SABINUS ne détenait pas le fugitif.

suppose un geste déterminé par la nécessité ou accompli par hasard.

Dès le temps des *veteres*, en effet, on commence à traiter différemment, au point de vue de l'imputabilité, les délits volontaires et ceux qui ne le sont pas. Les rhéteurs ont introduit dans l'étude de cette question tout leur appareil de classifications et de distinctions. Ils définissent le *casus*, la *fortuna*, l'*imprudentia*, la *necessitudo*, et rangent les arguments qu'on en peut tirer en faveur d'un accusé parmi les meilleures armes du défenseur en justice[1]. Ils professent que seuls les actes accomplis exprès (*consilio*, *consulto*, *data opera*, *ex proposito*, etc.) entraînent une pleine responsabilité, et ils opposent, à cet égard, la volonté agissante (= *consilium*[2]) à l'*imprudentia*, d'une part, à la *necessitas*, d'autre part.

A l'*imprudentia* : Cicéron nous dit dans ses *Partitions oratoires* :

... Facta et eventus aut consilii sunt aut imprudentiae, quae est aut in casu aut in quadam animi permotione : casu, cum aliter cecidit, ac putatum sit ; permotione, cum aut oblivio aut error aut metus aut aliqua cupiditatis causa permovit. Est etiam in imprudentia necessitas ponenda[3].

Ainsi la *necessitas* rentre dans l'*imprudentia* largement entendue. Ailleurs, Cicéron oppose le *consilium* à la seule *necessitas* (ainsi que la *voluntas* à la *vis*) :

Nolite igitur fortunam convertere in culpam, neque regis iniuriam huius crimen putare, nec consilium ex necessitate, nec voluntatem ex vi interpretari, nisi forte eos etiam, qui in hostes aut in praedones inciderint, si aliter quippiam coacti faciant ac liberi, vituperandos putes[4].

Ea, quae fiunt, partim sunt ignorata, partim voluntaria : ignorata, quae necessitate effecta sunt ; voluntaria, quae consilio[5].

[1] Voy. p. ex. Cic., *De inv.*, I, 11, 15 ; II, 32, 98 ; *De orat.*, II, 25, 106 ; II, 57, 170 ; III, 19, 70 ; Auct. ad herenn., I, 16, 23-24. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 70 ; pp. 144-145. Ferrini a parfaitement établi (*Diritto penale*, p. 91), contre Voigt, *Bedeutungswechsel*, pp. 39 et sqq., que *consulto* ne signifie point *avec préméditation*, mais seulement *volontairement*.

[2] Cic., *De Invent.*, II, 9, 31 : Consilium est aliquid faciendi non faciendive excogitata ratio.

[3] Cic., *Orat. part.*, 11, 38.

[4] Cic., *Pro Rab. Post.*, 11, 29.

[5] Cic., *Top.*, 13, 64.

Tite-Live, racontant l'histoire de Lucrèce[1], développera plus tard le même point de vue :

Consolantur (Lucretiam) aegram animi, avertendo noxam ab coacta in auctorem delicti : mentem peccare, non corpus ; et, unde consilium afuerit, culpam abesse.

D'autres témoignages opposent le *consilium* au *casus* ou à la *fors*. Nous citerons par exemple :

Cicéron (*Tuscul. Disp.*, 4, 64) :

Sive casu accidit, sive consilio...

César (*De Bello gall.*, 1, 12, 6 ; 7, 20, 2) :

Sive casu, sive consilio deorum... ; fortuito aut sine consilio...

Tite-Live (45, 5, 1) :

Res seu casu contracta seu consilio...

Sénèque (*Dial.*, 7, 24, 1) :

Consilio..., non casu et impetu.

Tite-Live (9, 31, 7) :

Pars forte, pars consilio oblati...

Tacite (*Hist.*, 1, 31) :

Forte magis et nullo adhuc consilio...

Nous ne devons donc pas nous étonner de constater qu'on exige, dès une époque ancienne, que le voleur réalise volontairement, exprès (= *consilio*[2]) l'élément matériel du *furtum*. Cette exigence trouve son expression dans les termes mêmes de l'affirmation que prononce *in iure* le volé exerçant *per sacramentum* l'action *furti* contre le voleur. Deux mots s'y rencontrent, qui caractérisent les deux éléments du délit : l'un, *ops*, en désigne l'élément matériel, l'autre, *consilium*, l'élément intellectuel. Ces deux mots y sont parfois unis par l'enclitique *que*, parfois même accolés en une locution asyndétique[3]. La teneur de cette affirmation est rapportée par Cicéron, dans le célèbre passage du *De natura deorum* où il montre, en s'appuyant sur des exemples juridiques, comment on peut mésuser de la raison et de la volonté humaines :

Inde illa actio : ope consilioque tuo furtum aio factum

[1] Liv., I, 58.

[2] Le *Thesaurus linguae latinae*, IV, c. 444, 47, traduit *consilio* par *de industria, dedita opera*. Cf. les textes donnés sous cette rubrique.

[3] Voy. sur ce point les observations de M. Kalb, *Das Juristenlatein*, Nürnberg, 1888, p. 37, 1, *in fine*.

esse, inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae[1].

Le mot *consilium*, comme ses équivalents français *volonté*, *conscience*, est assez souple pour pouvoir s'interpréter dans des sens très différents[2]. Sans doute la jurisprudence la plus ancienne entendait seulement par *consilium* la volonté d'agir, c'est-à-dire le contraire d'*imprudentia*, de *casus* ou de *necessitas* (mais non le contraire de *bona fides)*. Nous en trouvons la preuve dans une matière très voisine de celle du *furtum*, dans la matière des *repetundae*. La loi *Acilia repetundarum* (631-632 = 123-122) frappait le magistrat qui avait reçu de l'argent de bonne foi aussi bien que celui qui en avait reçu de mauvaise foi[3]; mais il fallait au moins que ce magistrat eût agi volontairement *(consilio)*[4]. C'est en partant de cette interprétation qu'on peut expliquer le jugement condamnant pour vol le citoyen qui avait dissimulé un fugitif derrière les plis de sa toge. Ce citoyen avait bien fait ce geste volontairement. Mais rien n'indique qu'il eût voulu frustrer un maître de son bien, et qu'il eût obéi à une autre impulsion qu'à celle d'une pitié irréfléchie.

Mais, dans d'autres cas, la jurisprudence allait un peu plus loin, et donnait à *consilium* une acception nouvelle; elle en faisait l'équivalent de *dolus malus*, et y comprenait non plus la volonté d'agir, mais la volonté de nuire[5]. Cela apparaît par exemple

[1] Cic., *De natura deorum*, III, 30, 74.

[2] Sur les divers sens du mot *consilium*, voy. surtout le *Thesaurus linguae latinae*, IV, cc. 440-461.

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 715 *(Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 12).

[4] Loi *Acilia repetundarum*, 59 : quod ante h. l. rogatum consilio probabitur captum coactum ablatum avorsum conciliatumve esse, eas res omnis simpli, ceteras res omnis, quod post hanc legem rogatam consilio probabitur captum coactum ablatum avorsum conciliatumve esse, dupli. Le mot *consilio*, il est vrai, provient, dans le premier cas, d'une restitution. Mais, dans le second cas, les premières lettres du mot sont sûres.

[5] Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 141-142, et *supra*, p. 129. La différence qui sépare, au temps de Cicéron, le *consilium* du *dolus malus* ressort à merveille de l'argumentation produite par l'orateur dans son plaidoyer *Pro Tullio* (cc. 25-36). Le client de Cicéron, M. Tullius, intentait contre son voisin P. Fabius une action *bonorum vi raptorum;* la formule était ainsi conçue *(Pro Tull.*, 7) : « Quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M. Tullio. » Les faits étaient matériellement incontestables. Aussi tout l'effort de l'avocat de P. Fabius portait-il sur l'interprétation des mots *dolo*

dans le *responsum* relatif à l'aigrefin qui a traîné un muletier devant le préteur ; on ne se contente pas d'exiger que l'aigrefin ait agi volontairement ; on veut qu'il ait agi de mauvaise foi *(dolo malo)*. On entend sans doute par là qu'il faut qu'il ait cherché à nuire au muletier en entamant une procédure mal fondée et qu'il savait mal fondée. S'il avait fait de bonne foi son *in ius vocatio*, il aurait certainement échappé à l'action *furti*. Il s'agit là d'un cas de vol sans soustraction. Il est à noter, en effet, que c'est toujours pour des cas de vol sans soustraction que la mauvaise foi du voleur est expressément exigée[1].

9

Nous avons interprété l'affirmation *Ope consilioque tuo furtum aio factum esse* comme étant dirigée par le volé contre l'auteur principal, ou l'un des coauteurs, du vol[2]. Nous ne l'avons point interprétée comme étant dirigée contre le complice. D'une façon générale, nous avons eu soin, en analysant les textes qui précèdent, d'écarter toute prénotion tirée de nos idées contemporaines ou de notre connaissance du droit romain classique, et nous avons évité d'expliquer les espèces rapportées par les *veteres* au moyen de la théorie classique de la complicité.

malo. L'avocat de Fabius soutenait que le dommage pouvait avoir été réalisé volontairement *(consilio)*, sans l'avoir été dolosivement *(dolo malo)* ; Cicéron soutenait au contraire que le fait accompli impliquait nécessairement l'intention dolosive, et que l'expression *dolo malo* ne figurait dans la formule que pour englober le cas où la *familia* du défendeur aurait seulement aidé à préparer le délit sans le réaliser elle-même. Voy. notamment c. 25 : Quod ergo eo animo factum est, ut homines unum in locum convenirent, ut arma caperent, ut certo consilio certum in locum proficiscerentur, ut idoneum tempus eligerent, ut caedem facerent, id si voluerunt et cogitarunt et perfecerunt, potestis eam voluntatem, id consilium, id factum a dolo malo seiungere? C. 34 : Ego non in una re sola..., sed singillatim in omnibus dolum malum exstare dico. Consilium capiunt, ut ad servos M. Tullii veniant : dolo malo faciunt. Arma capiunt : dolo malo faciunt. On saisit ici sur le vif l'effort fait pour joindre la théorie du *dolus malus* à celle du *consilium*. On a dû, en matière de vol, interpréter de même le mot *consilium* dans le sens de *dolus malus*.

[1] Au cas d'*infitiatio depositi* (*Supra*, p. 370), et dans le cas dont il vient d'être question. Voy. aussi plus loin, c. XII, § 4, l'espèce prévue par un texte d'ALFENUS (*Dig.*, 12, 6, fr. 36).

[2] En ce sens, MOMMSEN, *Rom. Strafrecht*, p. 749. 6 (*Dr. pén. rom.*, trad. DUQUESNE, III, p. 53, 4).

Avons-nous eu raison? Beaucoup de romanistes ne le penseront pas, habitués qu'ils sont à attribuer aux *veteres* le développement de cette théorie. Les témoignages, contemporains de Cicéron ou postérieurs, qui sont relatifs à des vols commis *ope consilio*, viseraient, d'après certaines interprétations qu'on place sous le couvert des *veteres*, de véritables faits de complicité. Qu'y a-t-il de vrai dans cette manière de voir?

La question est particulièrement délicate à cause de l'équivoque de la terminologie. *Ops* signifie tantôt acte (principal), et tantôt coopération, concours, participation physique; *consilium* signifie tantôt volonté, conscience, et tantôt conseil, instigation, participation intellectuelle[1]. Dans bien des cas on a peine à fixer l'acception de ces mots : car les jurisconsultes romains, selon leur coutume, abritent souvent des conceptions nouvelles sous des formules anciennes, en en déviant peu à peu le sens. Aussi la plupart des historiens modernes méconnaissent-ils l'évolution des idées, abusés par les jeux de mots qui la leur masquent.

Nous croyons, quant à nous, que les mots *ope consilio*, lorsqu'ils sont employés dans des textes anciens, et, notamment, dans la *vindicatio* de l'action *furti nec manifesti*, se rapportent exclusivement à l'auteur principal. Les pièces de comparaison ne manquent pas pour établir que, dans la langue du VIIe siècle, les mots *ope consilio* ne s'appliquent pas à l'acte du complice. Citons comme très caractéristique en ce sens le fragment qui nous a été conservé du discours prononcé en 664 (= 90), au commencement de la guerre sociale, par M. Æmilius Scaurus[2], contre Q. Varius, tribun de la plèbe, qui l'accusait d'avoir fomenté le récent soulèvement des Italiens. Le plébiscite voté sur la *rogatio* de Varius[3] portait « ut quaereretur de iis, quorum ope consiliove socii contra populum romanum

[1] Voy. quelques indications sur les deux sens de *consilium* dans Pampaloni, *La complicità...*, pp. 26 et sqq.

[2] Né en 591 (= 163); préteur en 634 (= 120); consul en 639 = 115). Drumann-Groebe, I², p. 18; Klebs, V° *Aemilius*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, c. 584. Cf. G. Bloch, *M. Æmilius Scaurus. Etude sur l'histoire des partis à Rome (Mélanges d'histoire ancienne* dans *Bibl. de la Faculté des lettres de... Paris*, XXV, 1910).

[3] Sur ce plébiscite, voy. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 198, 2 *Dr. pénal*, trad. Duquesne, I, p. 230, 1).

arma sumpsissent[1] ». Scaurus se défendit dans les termes suivants: « Q. Varius Hispanus M. Scaurum principem senatus socios in arma ait convocasse[2]; M. Scaurus princeps senatus negat; testis nemo est; utri vos, Quirites, convenit credere? » Il se défendit donc d'un fait personnel (avoir rassemblé les alliés en armes), non d'une complicité. D'une façon générale, on doit remarquer que la provocation à la révolte et la trahison constituent des crimes distincts. Il n'y a pas de complicité sans délit principal, et le délit principal manque lorsque, comme il arrive souvent, ce sont des *hostes* qui profitent de la trahison ou qui sont appelés aux armes: les *hostes*, placés hors du droit pénal interne des Romains, n'encourent que des sanctions internationales, et ne peuvent commettre, au regard des Romains, aucun délit[3]. On ne peut qualifier de complice le Romain qui déchaîne la guerre contre Rome, et pourtant on se sert des mots *ope consilio* pour désigner son acte[4].

Ainsi, pris en eux-mêmes, et éclairés par les documents contemporains, les mots *ope consilio* se rapportent au fait de l'auteur principal du *furtum*[5]. Cela apparaîtrait plus évident encore si l'on versait au débat certains témoignages postérieurs, par exemple la formule de l'action *furti nec manifesti* rapportée par Gaius[6], et l'édit

[1] Asconius, *In Scaurianam* (dans M. Tulli Ciceronis *Opera*, éd. Orelli, V, 2, 1833, p. 22). Cf. Val. Max., VIII, 6, 4. Meyer, *Oratorum romanorum fragmenta*², Turici, 1842, pp. 261-262.

[2] D'après Asconius. Les versions de Valère Maxime et de Quintilien sont, à notre point de vue, pleinement équivalentes. Val. Max., III, 7, 8: Varius... Æmilium Scaurum... imperium populi romani prodidisse ait. Quintil., V, 12, 9: Q. Varius... ait Æmilium Scaurum rem publicam populi romani prodidisse...

[3] Cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 73-75 (Trad. Duquesne, I, pp. 84-86).

[4] Voy. p. ex. dans Liv., 8, 37, 8, les termes du plébiscite voté en 431 (=323) contre les citoyens de Tusculum: M. Flavius tribunus plebis tulit ad populum, ut in Tusculanos animadverteretur, quorum eorum ope ac consilio Veliterni Privernatesque populo Romano bellum fecissent.

[5] Les textes analogues, mais d'une époque plus récente, que cite Cohn (*Beiträge*, II, 19), sont très nets dans le même sens. Voy. Hermogen., *l. V iuris epitomarum*, *Dig.*, 48, 4, fr. 10; Paul., *Sent.*, V, 29, 1; Scævola, *l. IV regul.*, *Dig.*, 48, 5, fr. 15 (14). M. Lenel n'en diminue pas l'autorité en allégeant (*Edit.*, II, p. 50; *Edictum*², p. 317) qu'il s'agit là de crimes qui précisément ne peuvent consister en autre chose qu'une aide ou un conseil fourni à autrui pour accomplir un méfait.

[6] Le manuscrit de Gaius, IV, 37, porte: Si paret consilio Dicens Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae... Avant *consilio*, il faut évidemment suppléer

sur l'action *furti adversus nautas*[1], rapporté par Ulpien, dans lesquels les mots *ope consilio* désignent le fait du délinquant principal, — et les données que fournit le droit comparé sur la répression des faits de complicité, et qui établissent que ces faits, impunis à l'origine, ne commencent à être réprimés qu'au titre de délits principaux[2].

Cependant M. Lenel a soutenu[3] que l'affirmation *ope consilioque tuo furtum aio factum esse* est celle que prononce le volé contre le complice (et non contre l'auteur principal) du vol; elle signifierait que le vol a été commis grâce au concours matériel *(ope)* ou par l'instigation *(consilio)* de ce complice[4]. La *vindicatio* dirigée contre l'auteur principal du vol affecterait la forme *Aio te furtum fecisse*. Malheureusement M. Lenel ne s'appuie pour soutenir son système que sur des textes de l'époque classique, postérieurs de beaucoup au temps où fonctionnait la *legis actio* dont Cicéron rapporte les termes, et au temps où le préteur rédigeait ses principaux édits

ope : nous avons la preuve que les mots *ope consilio* figuraient dans la formule (Lenel, *Edit.*, II, p. 46, 2; *Edictum*², p. 314, 4). Mais il n'y a pas lieu, quoi que dise M. Lenel *(Ibid.*, p. 49; p. 317), d'ajouter autre chose. La distraction du scribe qui a omis *ope* s'explique suffisamment par l'*homoioteleuton* (ope consilio ve), mais on tombe dans l'arbitraire en supposant une lacune plus étendue.

[1] Ulpian., *l. XXXVIII ad edict. Dig.*, 47, 5, fr. 1, pr. (Cf. Cohn, *Beiträge*, II, pp. 15-18) : In eos qui naves cauponas stabula exercebunt si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.

[2] Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg et Leipzig, 1895, II, p. 295, 1; Wilda, *Strafrecht der Germanen*, 1842, pp. 598 et sqq.; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 1892, pp. 548 et sqq.; 567 et sqq.; 569 et sqq., etc.; Schrœder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*³, p. 347 : en droit germanique, la complicité était primitivement impunie, et le progrès a consisté à punir exceptionnellement, à titre d'infractions indépendantes, des délits nouveaux d'instigation et de complicité.

[3] Voy. aussi Pampaloni, *La complicità nel delitto di furto, passim*, et Ferrini, *Diritto penale romano*, p. 296 —, qui remarque que personne n'accepte plus la théorie de Conrat (Cohn). De même, mais sans justification, De Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, 1857, pp. 473-474; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II (Bonn, 1865), p. 300; Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legis Actionen* (Berlin, 1872), p. 115, et *Röm. R. G.*, II, pp. 786-787. Dubitatif, Keller-Wach, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, p. 76, n. 220. Pernice, qui avait paru professer l'opinion opposée *(Labeo*, II, p. 65; cf. II, 1², p. 141), a adopté finalement l'opinion de M. Lenel *(Labeo*, II, 1², p. 108, 2).

[4] Lenel, *Edit*, II, p. 59 (suivi par M. Cuq, *Inst. juridiques*, I¹, p. 342, 7, et I², p. 109, 10); *Edictum*², p. 316.

sur le *furtum*[1]. Il n'arrive pas, du reste, à expliquer d'une façon plausible pourquoi, s'il existe une *vindicatio* conçue en la forme *Aio te furtum fecisse*, — dont il ne reste d'ailleurs aucune trace, — Cicéron a cité de préférence la *vindicatio* exceptionnelle conçue en la forme *Ope consilioque tuo furtum aio factum esse*. Il prétend, il est vrai, que Cicéron ne cherchait qu'un exemple pour illustrer ce qu'il avait déjà dit, et ce qu'il allait répéter, au sujet du *consilium* humain[2]: car c'est de ce mot qu'il se servait, en l'accolant au mot

[1] Voy. l'énumération de ces textes (*Edit*, II, pp. 46-47 et *Edictum*², pp. 316-317). On pourrait être tenté d'ajouter à ces textes un certain nombre de témoignages plus anciens, dans lesquels il est question d'actes perpétrés *opera et consilio alienius*. Voy. par exemple Plaut., *Mil. glor.*, v. 137 (I. 2, 137); *Trin.*, v. 189 (I. 2, 189); Varro, *De ling. lat.*, V, 87 Legati qui lecti publice, quorum opera consilioque uteretur peregre magistratus, quive nuntii senatus aut populi essent; Cic., *De re publ.*, 29, 51 (Quem virum facite ut agnoscatis: est enim qui consilio et opera civitatem tueri potest); *Lael.*, 14, 51; *Ep. ad famil.*, 3, 13, 1; 4, 14, 4; 7, 17, 2, etc. Ce serait probablement à tort. *Opera et consilium* désignent presque toujours, non le concours et l'instigation apportés à l'acte d'autrui, mais l'aide donnée à une personne qui n'agit pas. Particulièrement intéressant, à cause de la personnalité de l'auteur, est un passage d'une lettre de Servius Sulpicius à Cicéron (*Ep. ad famil.*, 4, 5, 6) : Da patriae, ut, si qua in re opus sit, opera et consilio tuo uti possit. Il s'agit évidemment pour Cicéron de travailler lui-même pour sa patrie, non de fournir à sa patrie une aide ou une instigation quelconque. D'ailleurs, même lorsque les mots *opera et consilio* semblent se rapporter à des faits de complicité, nous n'en pouvons tirer aucune conclusion pour le sens de la locution *ope consilio* : le rajeunissement même de la forme implique le rajeunissement du fond, et l'emploi de la formule dans un sens moins technique. Tel est le cas, par exemple, pour le passage de Cic., *Pro Tullio*, 28, qui oppose le *damnum* causé par la *familia* du défendeur au *damnum* causé *consilio et opera eius familiae* : tout ce passage est tendancieux, et Cicéron peut bien prendre les mots *consilio et opera* dans un sens qui n'est pas le sens normal et technique à son époque, puisqu'il détourne en même temps les mots *dolo malo* insérés dans la formule de l'action *bonorum vi raptorum* de leur sens technique et normal, et prétend les rapporter aussi à des faits de complicité (Cf. Keller, *Semestr. ad Ciceronem*, pp. 631-632). — Tel est aussi le cas pour un passage des *Verrines* (*In Verr.*, *Act. II*, 4, 13, 30) : Verres habuit eos secum illo tempore et in legationis praedis atque furtis multum illorum opera consilioque usus est. Il s'agit de deux artistes, Tlepolemus et Hieron, qui servaient de rabatteurs à Verrès dans sa chasse aux objets d'art. Cicéron désigne ici la collaboration matérielle par *opera*, et la collaboration intellectuelle par *consilium*. Il prend donc encore ces mots dans leur acception récente. Mais, outre que nous ne savons point s'il regarde Tlepolemus et Hiéron comme coauteurs ou comme complices des vols commis par Verrès, des témoignages de ce genre ne sauraient prévaloir contre les conclusions qui se tirent de formules techniques où le sens des mots est juridiquement défini.

[2] Cic., *De nat. deorum*, III, 28, 71 : Quae enim libido, quae avaritia, quod facinus aut susciptur nisi consilio capto, aut sine animi motu et cogitatione, id est

ratio, pour désigner l'intelligence humaine. « Dès lors notre formule, envisagée comme une sorte de document officiel sur le rôle de la raison dans les crimes, était de nature à lui fournir une citation facile. » On voit assez que le raisonnement de M. Lenel se retourne immédiatement contre lui : si le mot *consilium*, dans le texte du *De natura deorum*, désigne une part de l'intelligence humaine, il a le même sens dans l'expression *ope consilio ;* il doit donc se traduire par *conscience* ou *volonté*, et non par *instigation* ou *conseil ;* et la *vindicatio* citée par Cicéron vise un vol commis consciemment ou volontairement, et non un vol commis à l'instigation ou sur le conseil d'un complice[1].

En réalité M. Lenel postule l'immutabilité de la notion de complicité chez les Romains, et l'immutabilité du sens des mots *ope consilio*. S'il parvient à écarter certains arguments des partisans de l'opinion adverse (notamment de Cohn[2]), c'est parce que ceux-ci compromettent leur cause en affirmant que les jurisconsultes classiques continuent à n'appliquer les mots *ope consilio* qu'au fait de l'auteur principal, ce qui les met en contradiction avec des textes formels, et les entraîne à accuser d'interpolation ou de corruption des témoignages inattaquables. De part et d'autre, le dogme de l'immobilité du droit et de la langue conduit à des résultats inacceptables. Nous montrerons comment et pourquoi, la notion de complicité ayant évolué, les mots *ope consilio* ont cessé de s'appliquer exclusivement à l'auteur principal pour s'appliquer au complice. Mais, pour le temps des *veteres*, nous tenons pour certain, avec Cohn et avec Mommsen[3], que les mots *ope consilio* désignent les éléments constitutifs du délit principal de vol.

10

La transformation progressive du sens de la locution *ope consilio*, et son adaptation à la notion nouvelle de complicité, se révèlent par

ratione, perficitur? III, 30, 75 : ... ut donum hoc divinum rationis, et consilii, ad fraudem hominibus, non ad bonitatem impertitum esse videatur.

[1] Voy. déjà Desjardins, *Traité du vol*, p. 134.

[2] Cohn, *Ueber das ope consilio der actio furti. Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Berlin, 1880, II, pp. 1-40.

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 745, n. 1 et 2 (*Dr. pénal rom.*, trad. Duquesne, III, p. 48, n. 1 et 2).

la comparaison de deux textes, qui rapportent différemment certaines solutions des *veteres*.

Le premier est un texte d'Ulpien (*l. XVIII ad Edictum*) :

Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt : quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait[1].

Je tenais des pièces de monnaie. Un passant me heurte intentionnellement la main, et fait tomber les pièces, qui sont perdues. Quelle action puis-je exercer contre lui ? Sabinus estime que j'ai, selon les cas, l'action de la loi *Aquilia*, ou l'action *furti* : l'action de la loi *Aquilia* si les pièces sont perdues sans profit pour personne, par exemple si elles sont tombées dans une rivière, dans la mer ou dans un égout ; l'action *furti* (pour *furtum* commis *ope consilio*), si quelqu'un se les est appropriées. Cette dernière solution prévalait déjà chez les *veteres*, qu'Ulpien ne cite probablement ici que d'après Sabinus[2].

Ce texte porte la marque de remaniements dont il est difficile de déterminer l'importance et l'étendue. Après un exposé d'espèce, en forme concrète et personnelle, comme on en trouve chez les *veteres* (= si quis de manu mihi nummos excusserit...), il passe à des préceptes généraux et abstraits (= damni iniuriae esse actionem, — où l'on attendrait logiquement le pronom *mihi*) ; il abandonne toute symétrie dans l'emploi des modes gouvernés par la conjonction *si* (= si quis.. excusserit ; si ita perierint ; puta si .. ceciderunt ; quod si... pervenerunt) ; il se termine enfin par une construction barbare, dont on n'arrive pas à rendre compte (= furtum agendum, là où l'on attendait furti agendum)[3]. Aussi ne peut-on se flatter de faire dans ce fragment le départ de ce qui appartient en propre aux *veteres* et de ce qui appartient aux auteurs postérieurs (Sabinus ? Ulpien ? compilateurs de Justinien ?). Il semble, en tout cas, que le

[1] *Dig.*, 9, 2, fr. 27, 21. LENEL, *Paling.*, II, c. 530, n° 64 ; BREMER, II, 2, p. 513. *Basil.*, 60, 3, 27, 21, et schol. 64 à 68.

[2] SASSO, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Königsberg, 1858, p. 24 : les mots *ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit* proviennent de SABINUS, sans doute par l'intermédiaire de CELSE.

[3] Comparez l'expression *rem utendam dare*. *Infra*, c. XVII, § 18.

noyau primitif du texte se réduise à peu de chose. Ce ne sont pas les *veteres* qui ont imaginé la distinction entre le cas où les pièces de monnaie ont été perdues sans profit pour personne, et le cas où elles ont été recueillies par quelqu'un; car le *responsum* relatif au malhonnête homme *qui mulionem dolo malo in ius vocasset* nous a appris que les *veteres* ne se préoccupaient point, dans le *furtum*, de l'intention lucrative. La distinction n'a pu se faire qu'à partir du jour où l'intention lucrative a servi de critérium pour séparer le *furtum* du *damnum legis Aquiliae*, et nous remarquons précisément que c'est à Sabinus seul qu'est attribuée l'introduction de l'action *legis Aquiliae* en la matière (Sabinus existimat). Les *antiqui* devaient donner l'action *furti* dans tous les cas indistinctement : ce qui explique pourquoi les mots *quod et antiquis placuit* se rapportent uniquement au précepte *ope consilio furtum factum agendum.*

Quant à ce précepte lui-même, il peut s'entendre, aussi bien, sinon mieux, — on l'a remarqué[1], — de l'action contre le délinquant principal que de l'action contre le complice. Quelque remanié que se présente à nous le fragment d'Ulpien, on n'en saurait tirer argument pour soutenir que celui qui *de manu mihi nummos excusserit* doit être poursuivi *furti* plutôt comme complice que comme auteur principal.

Mais, au contraire, Gaius rapporte au complice ce même précepte, avec quelques autres solutions d'espèce remontant également aux *veteres*.

Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. In quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet : et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum[2].

Ce texte nous est parvenu directement et sans altérations. Rien ne révèle qu'il s'y soit glissé des gloses étrangères[3]. Mais il s'explique aisément tel quel. Il arrive, dit Gaius, que l'action *furti* se donne

[1] Cohn, *Beiträge*, pp. 21-22.

[2] Gaius, *Inst.*, III, 202. Bremer, II, 2, p. 512. Cf. *Epitome Gai*, II, 10, 6 : Furti tenetur etiam, qui ipse furtum non fecerit, sed ut fieret, opem aut consilium aut studium commodarit; velut si quis pecuniam, quam in manu aliquis tenebat, excusserit, ut alii eam rapere possent.

[3] Les soupçons de Cohn contre ce passage (*Beiträge*, pp. 31 et sqq.) ne paraissent pas fondés. Cf. Lenel, *Edit*, II, p. 47; *Edictum*², p. 315.

contre un défendeur qui n'a pas commis personnellement un *furtum :* par exemple contre un complice, par le concours ou le conseil de qui le vol a été commis. Et il cite comme exemples :

1° Le cas du fripon qui fait tomber des pièces d'argent de la main qui les tenait. Cas déjà connu, que les *veteres* n'envisageaient sans doute pas comme un cas de complicité, mais que Sabinus envisageait comme tel, tout en se prononçant beaucoup moins catégoriquement que Gaius.

2° Le cas de l'homme qui se place entre un propriétaire et sa chose pour l'empêcher de voir qu'elle lui est soustraite. C'est l'espèce l'un des jugements rapportés par Sabinus[1], avec une terminologie identique *(obstitisset* chez Sabinus; *obstitit* chez Gaius), mais généralisée et légèrement transformée. Il n'est plus question désormais d'un esclave fugitif, car il n'y aurait plus de complicité possible; à la fuite de l'esclave on a substitué le vol d'une chose par autrui. Nous saisissons ici sur le vif la transformation des idées et l'adaptation des exemples traditionnels à cette transformation.

3° Le cas de l'homme, — bouvier, toucheur de bœufs, écarteur ou toréador[2], — qui, avec un morceau d'étoffe rouge, met en fuite les moutons ou les bœufs d'autrui, pour qu'un compère s'en empare. Nous rencontrons cette espèce pour la première fois. Gaius semble bien affirmer, en rapportant sur ce point le *responsum* caractéristique des *veteres*, que ces *veteres* donnaient l'action *furti ope consilio* contre un défendeur qui n'avait pas commis personnellement le vol, mais qui s'était borné à faciliter le vol commis par autrui. Effectivement Gaius a en vue un cas de complicité. Mais en était-il de même des *veteres* dont il cite le *responsum ?* On en peut douter : dans ce cas comme dans les deux précédents on peut soupçonner qu'ils ne voyaient qu'un *furtum* principal.

Nous possédons en effet sur le *responsum* auquel se réfère Gaius un autre témoignage, rapporté par Ulpien *(l. XXXVII ad Edictum) :*

Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est; sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse

[1] *Supra*, p. 382.

[2] Sur la tauromachie à Rome, voy. Ovid., *Met.*, XII, 102. Cf. Senec., *De ira*, III, 30 : Taurum color rubicundus excitat.

lusus tam perniciosus ; idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem[1].

Dans ce fragment on trouve, enveloppées dans une phraséologie qu'on hésite fort à attribuer à Labéon, et même à Ulpien (= *non debet impunitus esse lusus tam perniciosus*), deux énonciations provenant de sources différentes :

1° Le *responsum* des *veteres*, que nous pouvons restituer, grâce au rapprochement du texte de Gaius : *Cum eo qui pannum rubrum ostendit, fugavitque pecus, ut in fures incideret, furti actio est.* Ce *responsum* ne faisait aucune distinction basée sur l'intention de l'homme à la « muleta ». Il ne considérait que le résultat matériel de l'acte. Il faut traduire *ut in fures incideret* par : « En sorte que le bétail tombât — même fortuitement — aux mains des voleurs », et non par : « Dans le but de le faire tomber aux mains des voleurs[2] » : sinon, comment eût-on distingué plus tard le cas où l'amateur de tauromachie a agi avec intention dolosive du cas où il a agi par esprit sportif *(lusus)* ? Le *responsum* ne fait aucune allusion, même lointaine, à la théorie de la complicité.

2° La solution personnelle de Labéon, fondée sur l'alternative : *Si quidem dolo malo fecit... : sed et si non furti faciendi causa hoc fecit...* Remarquons que Labéon ne parle pas plus ici de complicité que les *veteres*. Les mots *dolo malo* s'éclairent par le rapprochement des mots *furti faciendi causa*. Le jurisconsulte vise par là, non l'intention d'aider le *furtum* d'autrui, mais l'intention de commettre personnellement un *furtum*[3]. L'homme à la « muleta » est pour lui un auteur ou un coauteur du *furtum*, non un complice. Et tout l'intérêt de la décision réside dans l'exigence d'un élément intentionnel pour qualifier le *furtum*. Labéon exige l'intention dolosive pour que le fait dommageable soit puni comme délit principal, alors que les *veteres* ne l'exigeaient point. Lorsque l'intention fait défaut, Labéon propose de donner contre le délinquant une action *in factum*, au lieu de l'action *furti*.

Mais si le témoignage que nous venons d'analyser est étranger à la théorie de la complicité, ce n'est pas à dire cependant que Labéon

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 50, 4. Lenel, *Paling.*, II, c. 675, n° 1041 ; Bremer, II, 1, p. 257. *Basil.*, 60, 12, 50, 4 et schol. 7.

[2] Cf. Pampaloni, *La complicità*, p. 8, n. 21.

[3] Cf. *infra*, p. 399, 2.

lui-même soit resté étranger à cette théorie. Nous savons par ailleurs qu'il y a touché. Nous croyons même que c'est lui qui en a introduit les premiers linéaments dans la doctrine juridique[1]. Il y est parvenu, nous allons le voir, par un artifice d'interprétation, — par un de ces jeux de mots qui ont si souvent servi de prétextes et de justifications aux évolutions du droit.

II

Des textes étudiés jusqu'à présent résulte logiquement la conclusion suivante : à l'époque où les mots *ope consilio* désignent les éléments du délit principal de vol, ces deux mots doivent s'interpréter *coniunctim*[2]. Le volé qui intente l'action *furti* doit, d'après Cicéron, alléguer que le vol a été commis par le fait et la volonté *(ope consilioque)* du défendeur. Il faut donc que le voleur réunisse les deux éléments de l'*ops* et du *consilium*.

Au contraire, si l'on étend les mots *ope consilio* au concours que prête le complice au voleur principal, on peut les entendre *disiunctim*. De là une discussion dont nous trouvons l'écho dans un texte de Paul *(l. LIX ad Edictum)* :

Item dubitatum, illa verba « ope consilio » quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. Sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit : sic enim alii condici potest, alii non potest. Sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit[3].

Les remaniements dont ce texte a pu être l'objet obscurcissent son interprétation. Toutefois on a dû beaucoup exagérer ces remaniements, en vertu d'idées préconçues. Ils se réduisent sans doute à une seule insertion *(Sic enim alii... non potest)* et à quelques coupures. La trace extérieure la plus apparente qu'aient laissée ces quelques remaniements se remarque dans la syntaxe bizarre de la

[1] C'est ici que nous nous séparons de Gaius. Sa thèse cesse d'être [illegible], à notre sens, à partir du temps de Labeo.

[2] Mommsen, *Rom. Strafrecht*, p. 745, 2 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 48, 2).

[3] *Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2; Lenel, *Paling.*, I, c. 1077, n° 721. Bremer, II, 2, p. 512.

première phrase, où l'on ne sait trop à quoi rattacher le mot *sententiae*. Quant à l'expression *post veterum auctoritatem*, que Karlowa relève comme indice d'interpolation[1], elle n'a rien d'anormal. Ulpien nous fournit plusieurs exemples de *post* pris dans l'acception de : *conformément à, d'après*[2]; Paul nous en fournit lui-même[3]; il peut donc parfaitement avoir employé ici ce mot dans le même sens. Non moins régulier est l'emploi d'*auctoritas* dans son sens classique d'*autorité scientifique*, *exemple*, *précédent*, sens qui est familier à Paul lui-même, puisqu'on voit à d'autres places ce jurisconsulte invoquer, à l'appui d'une règle juridique, l'*auctoritas doctissimi viri Hippocratis*[4], ou définir le *ius singulare* « quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est[5]. » *Post veterum auctoritatem* signifie donc tout simplement : conformément à l'exemple, aux précédents des anciens[6]. Karlowa veut attribuer, il est vrai, à ces mêmes mots l'acception : après le temps où les *veteres* faisaient autorité[7]. Mais cette version ne peut se défendre philologiquement, pas plus pour le temps de Justinien que pour celui de Paul. On ne trouve aucun exemple pour appuyer l'acception qu'on attribue ici au mot *auctoritas*[8].

[1] Karlowa, *Röm. R. G.*, II, pp. 787-788; Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto*, II (*La complicità...*, pp. 40-41); Lenel, *Edit*, II, pp. 48-49; *Edictum*², pp. 316-317.

[2] Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, p. 441. Ulpian., *l. X ad edict. Dig.*, 3, 5, fr. 3, 4 : Pupillus si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii... conveniri potest; *l. XVIII ad Sabin. Dig.*, 7, 5, fr. 3 : Post quod (= *sc.* senatusconsultum omnium rerum usus fructus legari poterit; *l. IX de officio proconsulis. Dig.*, 48, 19, fr. 6, pr. : ...quid ... habeant dicere, post quae aut sustinent pœnam aut non sustinent.

[3] Paul., *l. XX ad Edictum. Dig.*, 5, 3, fr. 28 : Post senatus consultum.

[4] Paul., *l. XIX responsorum. Dig.*, 1, 5, fr. 12.

[5] Paul., *l. singulari de iure singulari. Dig.*, 1, 3, fr. 16. De même Julian., *l. LXXXVI Digestorum. Dig.*, 9, 1, fr. 51, 1 (Id... est consequens auctoritati veterum); Scaevola, *l. II Quaestionum. Dig.*, 21, 2, fr. 69, 3 (: auctoritas Servii); Licinius Rufinus, *l. II regularum. Dig.*, 28, 5, fr 75 (74) (: auctoritas Galli Aquilii); Cels., *l. XIX Digestorum. Dig.*, 33, 10, fr. 7, 2 (Tuberonis... auctoritas); et, en général, *Thesaurus linguae latinae*, V° *Auctoritas*, II, col. 1215, l. 39-62.

[6] C'est la traduction de Cohn, *Beitrage*, p. 25.

[7] Karlowa, II, p. 788.

[8] Ajoutons qu'avec cette interprétation de Karlowa, il faudrait admettre que Paul rangeait Labéon parmi les *veteres*, chose qui n'est pas impossible (Cf. Gaius,

Au fond, Paul signale une difficulté sur l'interprétation des mots *ope consilio*. Il y a, dit-il, deux systèmes en présence, l'un qui les entend *separatim*, et l'autre qui les entend *coniunctim*.

1° Le premier système, que Paul approuve (= sed verius est...), avait pour défenseur Labéon, qui l'avait sans doute imaginé. Labéon entendait *separatim* les mots *ope consilio*. Autre est le fait de celui qui commet le vol *ope*, disait-il, autre le fait de celui qui le commet *consilio*. Ce système soulève quelques difficultés, que les commentateurs n'ont pas toutes résolues. Cohn a insisté sur les mots *ope furtum facere*, *consilio furtum facere*[1] : ils ne peuvent ni l'un, ni l'autre, se rapporter au simple complice, pense-t-il ; car d'autres textes refusent expressément au complice le titre de *furtum faciens*[2]. Pas plus que M. Lenel, nous ne croyons cette allégation fondée[3]. Paul et Labéon ne se préoccupaient guère d'employer ici une expression technique rigoureusement définie, et les mots de la formule *ope consilio N^i^ N^i^ furtum factum esse* ont pu très naturellement se changer en un *qui ope* ou *qui consilio furtum facit*. En réalité, il paraît bien que Labéon désigne par les mots *qui ope furtum facit* le complice par coopération matérielle, et par les mots *qui consilio furtum facit*, le complice par instigation. Mais une difficulté résulte de l'argumentation qui suit. On donne, dit le texte, la *condictio ex causa furtiva* contre le premier, et on ne la donne pas contre le second[4]. Or nous savons précisément par ailleurs que la *condictio ex causa furtiva* se donne contre le voleur et non contre le complice[5] : ce qui nous amènerait à nous demander si les mots

I, 188, où l'on pourrait supposer à la rigueur que Labéon est rangé parmi les *veteres*), mais qui reste néanmoins anormale.

[1] Cohn, *Beiträge*, p. 29 ; Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, I, *Die Condictionen*, p. 258, 4.

[2] Gaius, *Inst.*, III, 202 : Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est. Paul., *Sent.*, II, 31, 10 : Non tantum qui furtum fecerit, sed etiam is, cuius ope aut consilio furtum factum fuerit, furti actione tenetur.

[3] Lenel, *Edit*, II, p. 48, *Edictum*², p. 316.

[4] Le raisonnement de Mr Von Mayr, *Condictio*, p. 93, qui attribue les mots *sic enim... non potest* à Paul plutôt qu'à Labéon, en partant de l'idée d'après laquelle la *condictio ex causa furtiva* serait postérieure à Labéon, doit être écarté à raison de l'inexactitude de ses prémisses.

[5] Ulpian, *l. XXXVIII ad Edict. Dig.*, 13, 1, fr. 6 : Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur. Paul., *l. XL ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 21, 10 : Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis

qui ope furtum facit ne désignent pas le délinquant principal plutôt qu'un délinquant accessoire. Mais on admet généralement (Karlowa, M. Pampaloni) que les mots *Sic enim alii condici potest, alii non potest* sont interpolés[1]. Les compilateurs ont voulu étendre la *condictio* contre le complice *ope*, et ont interpolé le fragment pour réaliser cette innovation. Les mots *sic enim* semblent en effet appartenir à leur vocabulaire.

Ainsi, c'est en imaginant une interprétation nouvelle des mots *ope consilio* contenus dans la formule *furti* que Labéon a fondé sa théorie[2]. Il lui a suffi, pour faire rentrer dans les prévisions de l'ancienne formule les agissements du complice qui fournit l'aide matérielle ou morale, d'entendre le mot *consilium* dans le sens de conseil (et non plus dans le sens d'intention), d'entendre le mot *ops* dans le sens de coopération (et non plus dans le sens d'acte), et enfin d'interpréter *separatim* la locution *ope consilio*. Cette évolution s'est traduite dans la teneur même de l'expression consacrée. Au temps de Cicéron on disait *ope consilioque;* au temps de Gaius on dit *ope consiliove*[3].

En autorisant une interprétation disjonctive, Labéon a créé la théorie de la complicité. L'auteur principal, c'est celui contre qui on allègue à la fois un acte et une intention *(ops* et *consilium)*. Le complice par instigation, c'est celui contre qui on n'allègue qu'un conseil *(consilium)*. Le complice par coopération, c'est celui contre qui l'on n'allègue qu'un fait de participation *(ops)*. Notre système échappe, on le voit, à l'objection que dirige M. Lenel[4] contre les auteurs pour qui le droit classique n'a connu qu'une formule *furti nec manifesti*, avec une *intentio* débutant par les mots *Si paret ope consiliove N^i N^i furtum factum esse paterae aureae*. Nous compre-

non abstulit, furti teneatur, attamen condici ei non potest. Cf. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[6], II, § 453, A. 3; Pampaloni, *La complicità*, p. 40; Zanzucchi, *Il divieto delle azioni famose e la reverenzia tra coniugi in diritto romano. Riv. Ital. per le scienze giuridiche*, XLII, 1906, p. 34, 5.

[1] Ces mots ne seraient pas moins embarrassants dans la doctrine de M. Cohn que dans la doctrine courante : Cohn ne peut justifier la prétendue exclusion de la *condictio ex causa furtiva* contre le délinquant principal qui aurait commis le délit *consilio tantum (Beiträge*, pp. 26-28). — Sur l'expression *sic enim*, critère d'interpolation, voy. *supra*, p. 277.

[2] A peu près dans le même sens Pampaloni, *La complicità*, p. 27.

[3] Gaius, IV, 37, et les textes cités par Mr Pampaloni, *l^o c^o*, p. 6, n. 14.

[4] Notamment *Edit* II, p. 48, 2; *Edictum*[2], p. 316, 1.

nons comment cette formule unique peut s'appliquer suivant les cas au délinquant principal ou au complice.

Mais ce qui complique et obscurcit les choses, c'est que la logique du système n'a pas été maintenue. On en est revenu au moins partiellement, après Labéon, aux précédents des *veteres* (*post veterum auctoritatem eo perventum est...*)

1° On peut bien être complice *ope* sans avoir fourni un conseil (= *consilium* dans son sens récent) au voleur[1]. Mais on ne peut pas être complice *ope* sans avoir une intention mauvaise (= *consilium* dans son sens ancien). On a admis *ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit*[2]. Pour éviter toute confusion entre le *consilium* (= instigation, conseil) dont on a parlé plus haut et dont on va parler plus loin, et le *consilium* (= intention délictueuse), le texte ajoute une épithète. Il spécifie qu'il s'agit d'un *consilium malignum*, d'une intention méchante; l'adjectif *malignus* a ici la valeur d'un qualificatif technique de l'élément intentionnel dans les actes de détournement[3]. Pas plus qu'il n'y a de vol, il n'y a de complicité sans intention.

2° On peut bien être complice par participation morale (*consilio*) sans avoir fourni une participation matérielle au délinquant[4]. Encore faut-il que le délit principal ait été effectivement commis. On a admis que *non consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit*. Le sens de ces mots est double : *a*. Le conseil de voler n'est pas punissable s'il n'y a pas de vol. *b*. L'intention méchante (requise aussi, nous l'avons vu, du complice *ope*) n'est pas punis-

[1] Gaius, *l. XIII ad ed. prov. Dig.*, 47, 2, fr. 55, 4.

[2] Interprétation attestée sinon pour le *furtum*, du moins pour la *rapina*, par Cicéron, *Pro Tullio*, c. 32 : ... Cum consilium sine facto intelligi possit, factum sine consilio non possit.

[3] Ainsi, en interprétant le mot *amovere* employé par le préteur pour désigner les actes d'immixtion qui empêchent l'*heres suus* pubère d'invoquer le *ius abstinendi*, Ulpien (*l. XLI ad edict. Dig.*, 29, 2, fr. 71, 8) fait la remarque : Amovere non videtur qui non callido animo nec maligno rem reposuit. Notons, en passant, que les mots *malignus*, *malignitas*, ne se rencontrent jamais dans les *Institutes* de Gaius (Voy. le *Vocabolario* de Zanzucchi). Au contraire Mr Longo, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano. Bull. dell'Istituto di diritto romano*, X (1897-98), p. 302, signale huit fois l'emploi de *malignitas* dans les constitutions latines de Justinien.

[4] Cette idée a été presque immédiatement appliquée par Mela (*infra*, c. xv, § 2). Sabinus l'a battue en brèche, et nous verrons (*infra*, c. xvi, § 1) que c'est lui qui a fait triompher la règle *consilium habuisse non nocet nisi et factum sequatur*.

sable s'il n'y a pas de vol. Autrement dit, la complicité, délit accessoire, n'existe pas sans délit principal. C'est ce qu'exprime Ulpien, dans un passage qui est comme le décalque de celui que nous étudions *(l. XXXVII ad edictum)* :

Neque verbo neque scriptura quis furtum facit : hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. Quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est[1].

Plusieurs textes supposent ou spécifient en effet qu'il n'y a pas de complicité *consilio* si le mauvais conseil n'est pas suivi, pas de complicité *ope* sans *furtum*[2].

On a souvent prétendu[3], pourtant, que la proposition finale de notre fragment est interpolée. On se fonde sur sa prétendue conformité avec un principe récent, accueilli par Justinien dans ses Institutes, mais qui ne figurait pas dans les Institutes de Gaius[4] :

Certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

Il y a là une confusion manifeste. Justinien prétend exiger, pour qu'il y ait complicité, que les deux éléments de la participation matérielle *(ops, opera)* et de la participation morale *(consilium)* se trouvent réunis. Il veut donc dire tout autre chose que Paul et Labéon. La simple interprétation grammaticale des mots *nisi et factum secutum fuerit* et *qui nullam operam. . adhibuit* aurait dû écarter pareille méprise.

Mais nous devons résoudre, pour fonder notre interprétation, une difficulté plus sérieuse, qui résulte de l'emploi de l'expression *consilium habere*. Cohn a justement remarqué[5] que *consilium habere* ne s'entend bien qu'en prenant *consilium* dans le sens d'inten-

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 19.

[2] En ce sens Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 108. Cf. Desjardins, *Traité du vol*, p. 183. C'est sans doute aussi ce qu'entend M. Pampaloni, *La complicità...*, p. 10, lorsqu'il dit que l'instigation, pour être punissable, doit avoir été efficace.

[3] Voy. p. ex. Karlowa, II, p. 787.

[4] Just., *Inst.*, IV, 1, 11. Cf. Gaius, III, 202. On a parfois soupçonné que le passage des *Institutes* de Justinien a sa source dans un texte perdu des *Res cottidianae* de Gaius. Mais la preuve est loin d'être faite. Zocco-Rosa, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, II, 1911, p. 264.

[5] Cohn, *Beiträge*, p. 6. Mr Lenel n'a pas suffisamment écarté l'argument par la brève remarque qu'il lui oppose *(Edit*, II, p. 48; *Edictum*², p. 316) : « Comme si la participation morale ne pouvait jamais consister qu'à donner un conseil ! »

tion. « Donner un conseil » se dit *consilium dare*, comme dans plusieurs passages que nous venons de citer.

Peut-être en effet *consilium habere* serait-il impropre ici, si cette expression était employée régulièrement et normalement. Mais nous avons affaire, nous le savons, à un véritable jeu de mots sur le sens de *consilium*. Par souci de la symétrie, pour perpétuer l'équivoque, il fallait bien reprendre *consilium habere* dans le second membre de phrase, puisqu'on rencontrait cette expression dans le premier. Ce parti s'imposait d'autant plus impérieusement qu'on voulait produire une formule applicable à la fois aux conditions de la complicité *consilio* et à celles de la complicité *ope*, exprimant donc sous ses deux faces la règle *Pas de complicité sans furtum*, et que, pour la seconde de ces applications, *consilium habere* s'employait correctement. Enfin on remarquera que, si les classiques ne prennent pas *consilium habere* dans le sens de *donner un conseil*, ils se servent couramment de *consilium habere (cum alio)* dans le sens de *s'entendre avec quelqu'un, participer moralement à l'acte de quelqu'un*. Citons en ce sens un fragment de Papinien inséré au Digeste :

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit : liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si cum consilium fraudis participasse constabit[1].

Ainsi, en partant de l'équivoque créée par la double acceptation de l'expression *consilium fraudis* selon qu'elle s'appliquait à l'auteur principal de la fraude ou à ses ayants-cause, Papinien appliquait les mots *consilium habere* à une participation morale quelconque.

12

Comme on le voit, nous sommes amenés à croire, non seulement que notre texte (*Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2) n'a pas subi d'altérations notables, mais encore qu'il émane presque tout entier de Labeon. Réduit aux arguments que nous tirons du texte même, notre

[1] Papin., *l. XI Responsorum*, *Dig.*, 46, 3, fr. 96, pr. Lenel, *Palingen.* t. c. 935, n° 671.

système pourrait ne pas forcer toutes les convictions. Mais nous avons d'autre part, — ce qu'on a trop méconnu, — deux témoignages qui précisent la position prise par Labéon sur les questions de complicité.

1. L'un d'eux nous montre aussi ce jurisconsulte exploitant, de parti pris, la double acception du mot *consilium*.

Iavolenus *(l. IX ex posterioribus Labeonis)* :

Nemo opem aut consilium alii praestare potest, qui ipse furti faciendi consilium capere non potest[1].

Comme on le voit, Labéon prend successivement le mot *consilium* dans le sens d'*instigation*, *conseil*, et dans le sens de *résolution*, *intention*[2]. Les principes qu'il pose rappellent pour partie la règle que dégageait le fr. 53, 2 (50, 16). Pas de complicité *ope* ou *consilio*, dit-il, pour qui ne peut avoir le *consilium furti faciendi*. — *Nemo ope videtur fecisse*, disait le fr. 53, *nisi et consilium malignum habuerit*...

2. L'autre texte fait à un cas particulier l'application de la même règle. Il s'agit du cas d'un impubère. On sait que les Douze Tables réprimaient expressément le *furtum manifestum* commis par l'impubère[3]. Lorsque les jurisconsultes romains, réagissant contre l'ancienne notion objective du délit, tentèrent d'en fonder une notion subjective, et voulurent mesurer la responsabilité pénale à l'étendue du discernement du délinquant, ils trouvèrent là un sérieux obstacle à l'extension de leur théorie. Ainsi Labéon n'osait encore soustraire l'impubère à l'action *legis Aquiliae*. Responsable de son *furtum*, l'impubère l'était nécessairement aussi, estimait-il, de son *damnum*. Telle est du moins la décision que rapporte, non sans l'entourer d'atténuations et de restrictions, Ulpien *(l. XVIII ad edictum)* :

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit : quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 91, 1 Lenel, *Paling.*, I, c. 315, n° 230; Bremer, II, 1, p. 270, n° 173. *Basil.*, 60, 12, 90, 1. Cf. Ulpian., *l. XXXVII ad edict. Dig.*, 47, 2, fr. 50, 2 : Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.

[2] Ce que souligne encore l'emploi des verbes *praestare* et *capere*.

[3] *Supra*, p. 56.

Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum : et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax[1].

Evidemment, comme l'a justement remarqué Pernice[2], Labéon ignore la distinction des impubères *doli capaces* (= *pubertati proximi*) et *non doli capaces*.

Ailleurs, Ulpien rapporte une formule plus caractéristique encore, qu'il pourrait bien tenir de Labéon par l'intermédiaire de Julien et de Sabinus, et de laquelle il parait résulter qu'on considère le *damnum* comme une variété de *furtum*.

Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit : item posse cum impubere damni iniuria agi, quia id furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait : nam in infantes id non cadere. Nos putamus cum impubere culpae capace Aquilia agi posse. Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum[3].

C'est la *sententia* finale de Labéon qui intéresse la théorie de la complicité. Cette *sententia* ne porte pas trace de remaniement, et il est absolument arbitraire de la prétendre interpolée[4], et de vouloir, comme le font par exemple Mommsen et M. Bremer, y insérer une négation. Labéon décide qu'un impubère ne saurait être regardé comme complice *ope* d'un *furtum*[5]. Comment peut-il donc éluder

[1] *Dig.*, 9. 2. fr. 5. 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 522, n° 613; Bremer, II, 1, p. 258. *Basil.*, 60, 3, 5, 2, et les schol. 7-13.

[2] Pernice, *Labeo*, I, p. 216; II, 1², p. 228. — Voy. aussi Solazzi, *Le azione del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (Extr. du *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*), Rome, 1913, p. 180, note 2.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 23. Lenel, *Paling.*, II, c. 116, n° 986; Bremer, II, 1, pp. 229 et 256. Cf. Gaius, III, 208.

[4] Cohn, *Beiträge*, p. 28, 4. En notre sens Pampaloni, *Complicità*..., p. 7, n. 19. Beaucoup plus vraisemblablement interpolé est le fragment suivant (Paul., *l. IX ad Sabin.*, *Dig.*, 47, 2, fr. 24) : Nec minus etiam condici ei posse Iulianus scripsit. Le mot *minus* doit y avoir été inséré après coup, s'il est vrai que c'est Justinien qui a donné la *condictio ex causa furtiva* contre le complice *ope*. *Supra*, p. 399, 5.

[5] En ce sens Desjardins, *Traité du vol*, p. 106; Ferrini, *Diritto penale*, p. 131. Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 217.

l'argument que fournit la disposition des Douze Tables dirigée contre l'impubère *fur manifestus?* Très probablement encore en lui opposant les mots *ope consilio* de la formule, et en spéculant sur le sens du mot *consilium*. Remarquons qu'il ne vise que la complicité *ope*, sans doute parce que l'exclusion de la responsabilité pour la complicité *consilio* lui paraît évidente. L'impubère complice *ope* est irresponsable parce que *nemo ope videtur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit*[1]... Grâce à un subterfuge, Labéon arrive, dans un cas particulier, à faire triompher les tendances nouvelles contre la lettre du vieux droit.

Ainsi l'attribution à Labéon de la dernière partie du fr. 53, 2 (50,16) nous paraît confirmée.

Nous avons épuisé la série des témoignages par lesquels on peut rechercher comment les *veteres* entendaient les mots *ope consilio*. Nous aboutissons au résultat suivant : Rien n'établit que les *veteres* aient appliqué ces mots à un délit accessoire distinct du délit principal; rien n'établit qu'ils aient reconnu des faits de complicité. La théorie de la complicité ne commence pas à se dégager avant la fin de la République ou le début de l'Empire. Labéon paraît avoir joué dans la première élaboration de cette théorie un rôle décisif.

[1] Cf. Gaius, III, 208 : quia furtum ex adfectu consistit...

CHAPITRE XI

LES AUTEURS LITTÉRAIRES DU VIIe SIÈCLE ET DU DÉBUT DU VIIIe

§ 1. Lucilius et ses invectives contre les plagiaires. — § 2. Catulle. Les *amores furtivi* chez les poètes latins. — § 3. L'« entôlage » et les *carmina* vengeurs. — § 4. Les auteurs de Priapées. — § 5. Varron. Son étymologie de *furtum*. — § 6. La glose *Furtum ... capitale crimen apud maiores erat ante pœnam quadrupli*. — § 7. La définition du péculat. — § 8. La stipulation de garantie pour les vices cachés dans les ventes d'esclaves. — § 9. Cicéron. Le cambriolage du *Pro Cluentio*, 64 et spq. — § 10. Le *furtum* et le *crimen repetundarum*. — § 11. Le *furtum*, le *sacrilegium* et le péculat. — § 12. Le *furtum* et la *fraus* dans le *Pro Roscio comœdo*. — § 13. Hypothèse sur les rapports originaires de la *fraus* et du *furtum*. — § 14. Le *furtum cessationis* dans *Epist. ad familiares*. 16. 26, 2. — § 15. Autres passages de Cicéron touchant au *furtum*.

Dans les premiers chapitres de notre étude, nous avons recueilli et cité presque tous les témoignages du VIe siècle U. C. où se rencontrent les mots *fur*, *furtum*, *furari*, *furtivus*. A mesure que nous pénétrons plus avant dans le VIIe siècle, ce dépouillement intégral devient plus encombrant et moins utile. Le nombre des textes qu'on y pourrait comprendre s'accroît, mais leur valeur documentaire ne grandit pas en proportion de leur nombre. Il semble que les progrès de la science du droit ont pour effet, en communiquant à la langue juridique plus de fermeté et une technicité plus étroite, de la détourner de la langue couramment écrite ou parlée. Désormais nous trouvons chez les poètes, chez les historiens, chez les rhéteurs mêmes, des renseignements qui paraissent moins consistants et plus ternes que par le passé. Gardons-nous cependant de les dédaigner. Même chez des auteurs qui manquent de culture juridique, nous avons déjà glané, et nous glanerons encore des témoignages qui ont leur prix. A fortiori en récolterons nous chez des auteurs qui se sont frottés d'assez près au droit pour être à moitié juristes, comme Varron ou comme Cicéron.

1

Certains écrivains ne nous fourniront rien ou presque rien. C'est en vain que nous chercherons quelque allusion intéressante pour l'histoire du *furtum* chez Lucrèce ou chez Cornelius Nepos, et c'est à peine si nous trouverons un ou deux passages à retenir chez Jules César[1], chez Salluste[2] — et, à propos de Salluste lui-même, qu'on accusait de plagier le vieux Caton, chez le grammairien Lenaeus[3], — chez les mimographes (notamment dans la collection des *Sentences* attribuées à Publilius Syrus[4]), et chez quelques autres auteurs[5].

[1] Allusion à la *deprehensio* du *furtum manifestum*. Caes., *De bello Gall.*, VI, 16, 5 : supplicia eorum, qui in furto, aut in latrocinio, aut in aliqua noxa sint comprehensi, gratiora diis immortalibus esse arbitrantur. Mais remarquons que César parle ici des Gaulois.

[2] Allusion au péculat. Sall., *De Catilinae coniuratione*, 52, 12 : Sint sane, quoniam ita se mores habent, liberales ex sociorum fortunis, sint misericordes in furibus aerari : ne illi sanguinem nostrum largiantur, et, dum paucis sceleratis parcunt, bonos omnis perditum eant. Allusion aux *furta belli* (*Historiarum reliquiae*, éd. B. Maurenbrecher, Lipsiae, 1891) I, fr. 112, p. 48 : Gens ad furta belli peridonea. Voy. aussi Sall., *De bello Jugurth.*, IV, 7 : Etiam homines novi, qui antea per virtutem soliti erant ad nobilitatem antevenire, furtim et per latrocinia potius quam bonis artibus ad imperia et honores nituntur.

[3] Pompeius Lenaeus, affranchi de Pompée (né approximativement entre 654 = 100 et 660 = 94. Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, p. 403; Schanz, I, 2³, p. 456), voulant venger son patron des appréciations blessantes de Salluste, écrivit contre celui-ci, au dire de Suétone, *De gramm.*, 15, une satire violente, « lastaurum et lurconem et nebulonem popinonemque appellans et vita scriptisque monstrosum, praeterea priscorum Catonis verborum ineruditissimum furem ». Quintilien rapporte aussi (*Inst. or.*, VIII, 3, 29) une épigramme anonyme dirigée contre Salluste :

Et verba antiqui multum furate Catonis,
Crispe, Iugurthinae conditor historiae...

Cette épigramme a-t-elle pour auteur Lenaeus? Nous l'ignorons. — Nous avons déjà rencontré dans les prologues de Térence (*Supra*, p. 210) les mots *furtum* et *furari* pris dans le sens de *plagiat* et *plagier*. Voy. aussi *supra*, p. 78, un passage analogue de Lucilius; et Cic., *Ep. ad Atticum*, II, 1 : Nam si ego tuum (librum) ante legissem, furatum me abs te esse diceres. Martial, qui a le premier employé en cette matière le mot de plagiat (I, 52, 9), emploie encore de préférence le mot *furtum* (I, 53, 3 et 12; I, 66, 1; X, 2, 11).

[4] *Appendix sententiarum*, éd. Ribbeck (*Scaenicae roman. poesis fragmenta. II. Comic. fragm.*, Lipsiae, 1873), p. 374, n° 114 : Multi furantur clam quae spernunt propalam (Sur la composition de l'*Appendix*, dont une partie seulement appartient à Publilius Syrus et aux mimographes contemporains, voy. Ribbeck, *op. cit.*, pp. xcvi et sqq.).

[5] Valerius Antias (d'après Gell., *N. A.*, III, 8) : Timochares... ad C. Fabricium consulem furtim venit. Peter, *Reliquiae*, I, p. 246, n° 21; *Fragmenta*, p. 156, n° 21.

Nous en relèverons un peu davantage, mais de plus énigmatiques, chez Lucilius; nous ne serons plus heureux qu'avec Catulle.

De Lucilius (né en 574 = 180, mort en 652 = 102 [1]), nous tenons déjà un renseignement utile sur l'*in ius vocatio* par laquelle débute la procédure de l'action *furti nec manifesti* [2]. Dans ce passage, le poète bataillait contre un plagiaire. C'était, semble-t-il, une de ses préoccupations habituelles. Cet homme combatif ayant eu le malheur de naître à une époque où la « propriété » littéraire n'était pas encore une propriété [3], passa sa vie à se défendre contre des pillards, ou contre des hommes qu'il prétendait tels. De là, dans les maigres fragments de ses satires qui sont parvenus jusqu'à nous [4], l'abondance relative des passages dirigés contre des voleurs. La plupart sont de simples invectives, sans importance juridique apparente [5]. Mais il y en a un qui pourrait présenter plus d'intérêt pour nous si nous étions à même de le mieux comprendre. Il est extrait du livre IX (écrit entre 638 = 116 et 644 = 110), et rentre dans le long développement que le poète consacrait aux problèmes de l'orthographe, et notamment à la question, alors pendante, du rem-

[1] Schanz, I, 1², p. 205. Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, p. 32.

[2] *S pra*, pp. 77-78.

[3] Voy. sur cette question Peter, *Wahrheit und Kunst, Geschichtsschreibung und Plagiat im klassischen Alterthum*, Leipzig, 1911, notamment ch. XIII, pp. 416 et sqq.

[4] On les trouvera rassemblés notamment dans l'excellente édition de Fr. Marx, *C. Lucilii carminum reliquiae*, Leipzig, I-II, 1904-1905.

[5] Marx, *op. cit.*, I, p. 55, n° 775 (d'après Nonius, éd. Merc., p. 239, 4; éd. Lindsay, II, p. 357) : Agite, agite, fures, mendaci argutamini (et le commentaire de Marx, II, p. 273). Marx, I, p. 68, n° 1001 (d'après Nonius, éd. Merc., p. 273, 27; 386, 6; éd. Lindsay, II, p. 419; 606) : Colligis omnia furtim. Cf. Nox., éd. M., p. 87, 29; éd. Lindsay, I, p. 124 : Convasare dicitur furto omnia colligere. Marx, II, p. 324. Un autre texte (Marx, I, p. 29, 422-424) a un gros intérêt historique, mais au point de vue de la procédure de la pétition d'hérédité plutôt qu'au point de vue du *furtum*. C'est le passage rapporté par Nonius (Ed. Merc., p. 276, 23; éd. Lindsay, II, p. 424) dans lequel Lucilius s'en prend à C. Cassius Cephalo (cf. le commentaire de Marx, II, pp. 158-159) :

> Cassius, Gaius hic operarius, quem Cephalonem
> dicimus sectorem furemque. Hunc Tullius Quintus
> iudex heredem facit, et damnati alii omnes.

Ces vers sont extraits du livre XI des *Satires*, écrit entre 638 (= 116) et 644 (= 110) : et ils posent la question de savoir si à cette époque la pétition d'hérédité n'était pas déférée *in iudicio* au collège des centumvirs. Cf. Wlassak, V° *Centumviri*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, III, 2, 1899, col. 1935-1951, et Olivier Martin, *Le tribunal des centumvirs*, Paris, 1904, qui n'examinait pas ce témoignage.

placement de l'ancienne forme *ei* par *i*. Lucilius pose cette question à propos du datif de *fur* :

> Mendaci furique addes *e*, cum dare fur<e>i
> iusseris[1].

Le sens littéral de ces vers est assez simple : Lucilius conseille d'employer la désinence traditionnelle en *ei* pour le datif de *mendax* et de *fur (mendacei*, *furei*, et non *mendaci*, *furi)*. Mais pourquoi le conseille-t-il ? Pourquoi prend-il l'exemple de *mendax* et de *fur* ? A quelle allusion, à quel jeu de mots peut-être, songe-t-il ? Les commentaires, même les plus récents, n'ont pas suffisamment éclairci cette difficulté[2]. Sans doute Lucilius applique le principe des grammairiens grecs, qui exige ὅτι συνέπαθεν ἡ φωνὴ τῷ σημαινομένῳ[3]; et il veut dire que, pour exprimer qu'on fait une dation au *fur*, on doit faire en même temps une addition au mot *furi*. Mais cette interprétation correcte reste terne, plate, étriquée. Lucilius semble penser à certaines circonstances usuelles dans lesquelles on ordonne de *dare* (donner une chose, en transférer la propriété) à un voleur[4]. Quelles sont ces circonstances ? Nous les ignorons. Dans la réalité, il semble qu'on ordonne beaucoup plus communément au voleur de *dare*, soit qu'on l'invite à verser la composition pécuniaire qu'il doit pour son vol (= *dare poenas)*, soit qu'on l'invite à restituer la chose volée (= *si paret furem dare oportere :* c'est la formule de la *condictio*[5]*)*. Mais Lucilius n'a pas envisagé une *datio* effectuée par le voleur : la syntaxe s'oppose à cette interprétation[6]. A moins qu'il n'y ait songé ironiquement et par antiphrase ? Et que faisons-nous de *mendaci*

[1] D'après Quintil., *Inst. orat.*, I, 7, 15. Cf. Gell., XIII, 25 (26), 4. Marx, *op. cit.*, I, p. 25, 367-368; Funaioli, I, p. 38, 10 *c*.

[2] Voy. Marx, II, p. 137; Ferd. Sommer, *Lucilius als Grammatiker*, *Hermes*, XXIV (1909), pp. 70-77; Ev. San Giovanni, *Le idee grammaticali di Lucilio*, Torino, 1910; Roland G. Kent, *Lucilius on El and I. American Journal of Philology*, XXXII (1911), pp. 251-271; Edwin Fay, *Lucilius on i and eï. Amer. Journal of Philology*, XXXIII (1912), pp. 311-316.

[3] Steinthal, *Geschichte der Sprachwissenschaft bei den Griechen und Römern*, Berlin, 1853, p. 342; Lersch, *Die Sprachphilosophie der Alten*, Bonn, 1838-1841, III, p. 81; Sommer, *l^o c^o*, p. 76.

[4] Lucilius penserait-il à l'expression *dare malum alicui (= furei)?*

[5] Gaius, IV, 4.

[6] On trouve dans les textes *iubere aliquem facere* (Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], p. 298), ou (plus rarement et moins correctement : Riemann-Lejay[5], p. 308, n. 2) *iubere alicui ut faciat;* on ne trouve pas *iubere alicui facere.*

dans tout cela ? Autant d'énigmes qui paraissent jusqu'ici insolubles[1].

2

Catulle, né en 667 = 87, mort vers 700 = 54[2], fait dans ses poésies[3] d'assez fréquentes allusions au *furtum*.

Dans le chant nuptial qui porte le n° 62 de son recueil, un chœur alterné de jeunes gens et de jeunes filles chante Vesper, l'étoile du soir, protectrice de l'Hymen :

> Namque tuo adventu vigilat custodia semper.
> Nocte latent fures, quos idem saepe revertens,
> Hespere, mutato comprendis nomine Eous[4].

On a souvent interprété la *custodia* du vers 33 comme s'entendant des *III viri capitales*, qu'on appelle aussi *III viri nocturni*. Mais la fin du texte (= *quos idem saepe revertens, Hespere..., comprendis*) fait écarter cette idée : c'est l'étoile elle-même qui monte la garde en sentinelle vigilante. A sa lumière qui les trahirait, les voleurs n'osent pas se montrer. Les voleurs, — et Catulle entend sans doute ici les amants en quête d'aventures clandestines, — ne sortent guère

[1] Bien entendu nous devons repousser toute correction arbitraire du texte. Voy. p. ex. la correction de Baehrens, *Fragmenta poetarum romanorum*, Lipsiae, 1886, p. 178, n° 263 : « Mendaci furique »; addes *e*, cum « cape, Furci » iusseris, Baehrens pense à un trait de Lucilius contre un certain Furius. Certains éditeurs de Cicéron ont cru trouver une allusion du même genre dans un autre passage de Lucilius (cité par Cic., *Tuscul.*, IV, 21, 48) :

> In os prius accipiam ipse
> quam gladium in stomacho suriae ac pulmonibus sisto.

Au mot *suriae*, évidemment corrompu, on a parfois proposé de substituer *Furi*, ou même *furi*. Mais il est plus sage de nous en tenir à la restitution *furiae* admise par Marx, I, p. 12, n° 155. Cf. le commentaire, II, p. 73. Un jeu de mots sur *Furius* et *fur* se rencontre dans une épigramme de Martial (VI, 17) :

> Cinnam, Cinname, te iubes vocari.
> Non est hic, rogo, Cinna, barbarismus?
> Tu si Furius ante dictus esses,
> fur ista ratione dicereris.

[2] Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2e, p. 68.

[3] Nous suivons l'édition Friedrich, *Catulli Veronensis liber*, Leipzig et Berlin, 1908. Nous avons aussi utilisé l'édition Baehrens, *Catulli Veronensis liber*, Leipzig, 1876-1885.

[4] Cat., 62, 33-35. La leçon *Eous* a été substituée par M. Friedrich aux leçons *eos* ou *eosdem* admises avant lui (Friedrich, *op. cit.*, pp. 288-289).

que la nuit[1], quand l'étoile du soir a cessé de briller; encore se laissent-ils souvent prendre en flagrant délit (= *comprendere)* par l'étoile du matin[2].

Ailleurs le poète veut dépeindre à son amie sa soif insatiable de caresses. « Autant d'astres, dit-il, éclairent dans la nuit silencieuse les amours furtives des hommes :

> Quam sidera multa cum tacet nox,
> furtivos hominum vident amores[3]...

autant de baisers il faudrait à Catulle en délire pour apaiser ses désirs... » A un autre endroit, il rappelle le temps où sa maîtresse, dans le mystère d'une nuit furtive, lui accordait les faveurs merveilleuses qu'elle dérobait à son époux :

> Sed furtiva dedit mira munuscula nocte
> ipsius ex ipso dempta viri gremio[4].

Les *furta*, les *furtivi amores*, — les larcins d'amour —, ce sont donc les caresses dérobées, celles qu'un galant obtient d'une esclave à l'insu de son maître, d'une vierge à l'insu de ses parents, d'une épouse à l'insu de son époux, d'une courtisane à l'insu d'un amant sérieux et jaloux; ce sont, plus généralement, les infidélités, les déloyautés, les traîtrises commises en se cachant. Ainsi Catulle appelle *furta* les passades de sa maîtresse, et les trahisons de Jupiter envers Junon :

> Quae tamen etsi uno non est contenta Catullo,
> rara verecundae furta feremus erae[5]...

[1] Voy. *supra*, pp. 22 et sqq., les textes relatifs au *fur nocturnus*, et *infra*, § 5, l'étymologie du mot *furtum* d'après Varron. Notons aussi, à ce propos, des témoignages dans lesquels le mot *furtim* est accolé au mot *nox*. Ennius, *Ann.*, IV :

> Qua Galli furtim noctu summa arcis adorti
> moenia concubia vigilesque repente cruentant.

Vahlen, *Ennianae poesis reliquiae*², Lipsiae, 1903, p. 30, v. 164. Sallust., *Hist.*, I (Maurenbrecher, *C. Sallusti Crispi Historiarum reliquiae*², p. 46, fr. 104. Cf. *Hymn. à Hermès*, Vv. 66-67 : Ὁρμαίνων δόλον αἰπὺν ἐνὶ φρεσίν, οἷά τε φῶτες φηλῆται διέπουσι μελαίνης νυκτὸς ἐν ὥρῃ.

[2] Pour les Romains, la *nuit* proprement dite ne comprend que le temps qui s'écoule entre le coucher de l'étoile du soir et le lever de l'étoile du matin. Varron, *De L. L.*, VI, 6. Friedrich, *op. cit.*, p. 288.

[3] Cat., 7, 7-8. Friedrich, *op. cit.*, p. 111.

[4] Cat., 68, 145-146. Friedrich, p. 475.

[5] Cat., 68, 135-136.

Saepe etiam Iuno, maxima caelicolum,
coniugis in culpa flagrantem continet iram,
noscens omnivoli plurima furta Iovis[1].

Cette façon de parler n'était pas étrangère aux poètes grecs[2]. Après Catulle, on la retrouve couramment employée par les poètes latins, plus particulièrement par les élégiaques. Bornons-nous à énumérer, sans commentaires, quelques exemples :

Virgile :

Inter quas curam Clymene narrabat inanem
Vulcani, Martisque dolos et dulcia furta[3]...

Nec iam furtivum Dido meditatur amorem :
coniugium vocat[4].

Tibuile :

Parcite luminibus, seu vir, seu femina fiat
obvia — celari vult sua furta Venus[5]... —

Parce tamen, per te furtivi foedera lecti,
per Venerem quaeso[6]...

At te, qui puerum donis corrumpere es ausus,
rideat adsiduis uxor inulta dolis;
et, cum furtivo iuvenem lassaverit usu,
tecum interposita languida veste cubet[7].

Mutuus adsit amor, per te dulcissima furta
perque tuos oculos per geniumque rogo[8].

Properce :

Iuppiter, ignoro pristina furta tua[9].

[1] Cat., 68, 138-140. Sur la leçon *flagrantem continet iram*, voy. Friedrich, pp. 472-473.

[2] Theocr., 27, 68 : [illegible] 22, 151 : [illegible]. Bathrens, p. 328. Nous en avons aussi trouvé une trace chez Plaute. *Supra*, p. 139, 1.

[3] Verg., *Georg.*, IV, 345-346.

[4] Verg., *En.*, IV, 171-172. Cf. les gloses sur ce passage : Goetz, *Corp. gloss. latin.*, IV, 79, 41; 500, 33 : Furtivum amorem adulterium.

[5] Tib., I, 2, 33-34. Les mots *celari vult sua furta Venus* figurent dans les *Excerpta Frisingensia* de Tibulle (Voy. Cartault, *Tibulle et les auteurs du Corpus Tibullianum*, Paris, 1909, p. 159 et pp. 134-135) sans doute à raison de leur caractère de *sententia*.

[6] Tib., I, 5, 7-8. Cf. I, 5, 75 : furtivus amor; I, 8, 57 : furtiva Venus.

[7] Tib., I, 9, 53-56.

[8] Tib., III, 11, 7-8.

[9] Prop., II, 2, 4.

... Nolim furta pudica tori[1].

Illic aspicies... sorores
... canere antiqui dulcia furta Iovis[2].

Falleris : ista tui furtum via monstrat amoris[3].

Cui nunc si qua data est furandae copia noctis,
offensa illa mihi, non tibi amica, dedit[4].

His ego constitui noctem lenire vocatis
et Venere ignota furta novare mea[5].

Ovide :

Non ego sum furto tibi cognita : pronuba Iuno
affuit[6]...

Jupiter his gaudet, gaudet Venus aurea furtis :
haec tibi nempe patrem furta dedere Iovem[7]?

Sed tibi et hoc suadet rebus, non voce, maritus,
Neve sui furtis hospitis obstet, abest[8].

Sum rudis ad Veneris furtum[9]...

Interea, dum cuncta negant ventique fretumque,
mente agito furti tempora prima mei[10].

Flecte, precor, vultus ad mea furta tuos[11].

Nape,
in... ministeriis furtivae cognita noctis
utilis et dandis ingeniosa notis[12].

Huic furtiva tuo libertas munere detur[13].

Cypassi...,
... mihi iucundo non rustica cognita furto[14]

[1] Prop., II, 23, 22.
[2] Prop., II, 30, 27-28.
[3] Prop., II, 32, 17.
[4] Prop., III, 8, 39-40.
[5] Prop., IV, 8, 34-35.
[6] Ovid., *Her.*, 6, 43-44. Nous citons Ovide d'après l'édition Merkel.
[7] Ovid., *Her.*, 15 (16), 289-290.
[8] Ovid., *Her.*, 15 (16), 297-298.
[9] Ovid., *Her.*, 16 (17), 141.
[10] Ovid., *Her.*, 17 (18), 53-54.
[11] Ovid., *Her.*, 17 (18), 64.
[12] Ovid., *Am.*, I, 11, 2-4.
[13] Ovid., *Am.*, II, 2, 15.
[14] Ovid., *Am.*, II, 8, 2-3.

Num tamen erubui, num, verbo lapsus in ullo,
furtivae Veneris conscia signa dedi[1]?

Quidquid servatur, cupimus magis. Ipsaque furem
cura vocat. Pauci, quod sinit alter, amant.
Nec facie placet illa sua, sed amore mariti[2].

Nos Venerem tutam concessaque furta canemus[3].

Utque viro furtiva Venus, sic grata puellae[4].

Ludite, sed furto celetur culpa modesto[5].

Nos etiam veros parce profitemur amores,
tectaque sunt solida mystica furta fide[6].

Cum, custode foris tunicas servante puellae,
celent furtivos balnea multa iocos[7]...

... ut quae
deprensi toties iam nosset furta mariti[8].

Paelice donata non protinus exuit omnem
diva metum, timuitque Iovem, et fuit anxia furti[9].

« Hoc certe furtum coniunx mea nesciet », inquit[10]...

Quis enim deprendere possit
furta Iovis[11]?

At, puto, furto est
contenta, et thalami brevis est iniuria nostri[12].

Indoluit facto; Iunonigenaeque marito
furta tori furtique locum monstravit[13]...

Haec tibi sive aliqua est, mea sit furtiva voluptas :
seu nulla est, ego sim, thalamumque ineamus eumdem[14].

[1] Ovid., *Am.*, II, 8, 7-8.
[2] Ovid., *Am.*, III, 4, 25-27.
[3] Ovid., *Ars am.*, I, 33.
[4] Ovid., *Ars am.*, I, 275.
[5] Ovid., *Ars am.*, II, 389.
[6] Ovid., *Ars am.*, II, 639-640.
[7] Ovid., *Ars am.*, III, 639-640.
[8] Ovid., *Met.*, I, 605-606.
[9] Ovid., *Met.*, I, 622-623.
[10] Ovid., *Met.*, II, 423.
[11] Ovid., *Met.*, III, 6-7.
[12] Ovid., *Met.*, III, 266-267.
[13] Ovid., *Met.*, IV, 173-174.
[14] Ovid., *Met.*, IV, 327-328.

Dulcia fraterno sub nomine furta tegemus[1].

Iam tria lustra puer furto conceptus agebat[2].

Dum dea furtivos timide profitetur amores[3]...

Nil, nisi legitimum concessaque furta canemus[4].

Sed neque me nuptae didicerunt furta magistro[5]...

Par fuit exigui similisque licentia Calvi,
detexit variis qui sua furta modis[6].

Is quoque Phasiacas Argon qui duxit in undas,
non potuit Veneris furta tacere suae[7].

Multaque dat[8] furti talis praecepta docetque,
qua nuptae possint fallere ab arte viros[9].

Dic, precor...
an sit ab his omnis rigide submota libellis,
quam lex furtivos arcet habere viros[10]?

Silius Italicus :

Hinc ille, e furto genitus patruique piabit
idem ultor patrisque necem[11].

Martial :

Incustoditis et apertis, Lesbia, semper
liminibus peccas nec tua furta tegis[12]...

Pater ex Marulla, Cinna, factus es septem
non liberorum : namque nec tuus quisquam
nec est amici filiusve vicini,
sed in grabatis tegetibusque concepti
materna produnt capitibus suis furta.
Hic qui retorto crine Maurus incedit,
subolem fatetur esse se coci Santrae[13].

[1] Ovid., *Met.*, IX, 558.
[2] Ovid., *Fast.*, II, 183.
[3] Ovid., *Fast.*. VI, 573.
[4] Ovid., *Trist.*, II, 249.
[5] Ovid., *Trist.*, II, 347.
[6] Ovid., *Trist.*, II, 431-432.
[7] Ovid., *Trist.*, II, 439-440.
[8] Il s'agit de Tibulle.
[9] Ovid., *Trist.*, II, 461-462.
[10] Ovid., *Pont.*, III, 3, 53-56.
[11] Sil. Ital., VII, 487-488.
[12] Martial., VI, 34, 1-2 (avec une allusion *in fine*, v. 10, à la *deprehensio: deprendi veto te, Lesbia, non futui).*
[13] Martial., VI, 39, 1-7.

Cyllenes caelique decus, facunde minister,
aurea cui torto virga dracone viret :
sic tibi lascivi non desit copia furti,
sive cupis Paphien, seu Ganymede cales[1]...

Apulée :

Contubernalis mei fullonis uxor... occulta libidine prorumpit in adulterum quempiam. Cumque furtivos amplexus obiret quotidie[2]...

. . et puellae, si vellet, quamquam velle non posset, furatrinae coniugalis incommodaret rudimentum[3].

Promissioni fallaciosae mulieris oppressus succubuit Thrasyllus, et prolixe consentit de furtivo concubitu[4].

Arnobe :

Virginitatem Danaë custodire nequivit : furtum esse narratur Iovis[5].

Quis illa furta dulcissima in alienis genialibus (edidit) perpetrasse[6] ?

Martianus Capella :

Furtis modo adlubescat
et clam roseta parvae
liliaque det papillae[7].

Cet emploi des mots *furtum*, *furari*, *furtivus* n'est point indifférent au point de vue juridique. Il conduit à poser diverses questions : l'adultère est-il, dans le droit ancien, un *furtum* ? la séduction clandestine d'une fille de famille, les relations avec l'esclave d'autrui à l'insu ou contre le gré du maître sont-ils des *furta* ? Nous n'avons

[1] Martial., VII, 74, 1-4.

[2] Apul., *Met.*, IX, 24.

[3] Apul., *Met.*, VIII, 3. Le mot *furatrina* se retrouve encore deux fois chez cet auteur (*Met.*, VI, 13, et X, 14).

[4] Apul., *Met.*, VIII, 10.

[5] Arnob., *Adv. gentes*, V, 22.

[6] Arnob., *Adv. gentes*, V, 31 (Voy. aussi V, 9 : ad furta illa flagitiosa correpens ibat (Juppiter ; V, 27 : matrimonia copulant fraudibus appetita furtivis). Voy. encore Lactantius Placidus, *Narrationes fabularum*, VI, 1 (Arachne) *in fine* amoris furta ; *Anthol. latin.*, I, 10 : furta Iovis ; I, 13 : dulcia furta, etc.

[7] Mart. Cap., *De nuptiis philologiae et Mercurii*, VII, 726 (Éd. Eyssenhardt, p. 255, 28 et sqq.)

pas rencontré de réponse à ces questions dans les textes étudiés jusqu'à présent[1].

3

Catulle, qui fréquentait comme on sait, d'assez mauvaises compagnies, avait des amis sans scrupules. Certains d'entre eux n'hésitaient pas à faire main basse, dans les maisons où on les recevait, ou dans les bains publics, sur le linge ou les vêtements. Comme ils étaient de mœurs faciles, et qu'ils faisaient payer à leurs compagnons de débauches, en les volant, des complaisances inavouables, on peut ranger leurs larcins dans la catégorie des « entôlages ». Catulle paraît avoir eu souvent maille à partir avec eux. Il s'en vengeait par de petites pièces satiriques d'une verve assez crue.

Dans la pièce n° 12, c'est Asinius Marrucinus, frère d'Asinius Pollion, que le poète accuse d'un vol de serviettes[2] :

Marrucine Asini, manu sinistra
non belle uteris in ioco atque vino :
tollis lintea neglegentiorum.
Hoc salsum esse putas? fugit te, inepte :
quamvis sordida res et invenusta est. 5

[1] Voy. *supra*, p. 185, 2.

[2] Sur le vol de linge de table et de vêtements, voy. Friedrich, p. 157. Dans *l'Art d'aimer* (III, v. 140 et sqq.), Ovide conseille aux jeunes femmes de fuir les rastaquouères trop bien mis, aux doigts chargés de bagues. Le plus élégant d'entre eux n'est peut-être qu'un filou, qui en veut surtout à leur garde-robe :

Forsitan ex horum numero cultissimus ille
fur sit, et uratur vestis amore tuae.
« Redde meum », clamant spoliatae saepe puellae,
« Redde meum » toto voce boante foro.

Cf. Plaut., *Trucul.*, vv. 101 et sqq. (I, 2, 8 et sqq.); Martial., *Epigr.*, 8, 59, vv. 2 et sqq. :

Ne contemne caput, nihil est furacius illo;
non fuit Autolyci tam piperata manus.
Hunc tu convivam cautus servare memento : 5
tunc furit atque oculo luscus utroque videt :
pocula solliciti perdunt ligulasque ministri
et latet in tepido plurima mappa sinu;
lapsa nec a cubito subducere pallia nescit
et tectus laenis saepe duabus abit... 10

et surtout Martial., *Epigr.*, 12, 29 :

Hermogenes tantus mapparum, Pontice, fur est,
quantus nummorum vix, puto, Massa fuit.

Friedlaender *M. Valerii Martialis epigrammaton libri*, Leipzig, 1886), II, p. 234.

Non credis mihi? crede Pollioni
fratri, qui tua furta vel talento
mutari velit : est enim leporum
dissertus puer ac facetiarum.
Quare aut hendecasyllabos trecentos 10
expecta, aut mihi linteum remitte.

Catulle reproche à Asinius les péchés de sa main gauche *(manus sinistra)* : la main gauche est en effet la main qui dérobe[1], la main consacrée à Laverna, déesse des filous[2]. Les seules expressions du texte qui offrent une difficulté sont celles des vers 7-8 : *qui tua furta vel talento mutari velit*. Elles ont causé quelque embarras aux philologues. Baehrens a même cru devoir modifier la leçon du *liber Veronensis*, et lui substituer la leçon *qui tua furta fuste lento multari velit*[3], qui impliquerait une allusion, inexacte d'ailleurs[4], à la *verberatio* du *fur manifestus*. Il a par la suite abandonné cette conjecture[5]. Le texte peut d'ailleurs s'expliquer tel quel. Pas n'est besoin de supposer que *mutare* signifie *racheter*, et d'entendre qu'Asinius Pollion désirerait, fût-ce au prix d'un talent, racheter les larcins de son frère. Il paraît établi que *mutare* veut dire ici *supprimer*,

fait remarquer ici qu'il s'agit sans doute de Baebius Massa, condamné pour *repetundae* comme proconsul de Bétique en 93.

Tu licet observes dextram teneasque sinistram,
inveniet, mappam qua ratione trahat...
Nuper cum Myrino peteretur missio laeso,
subduxit mappas quattuor Hermogenes.
Cretatam praetor cum vellet mittere mappam,
praetori mappam surpuit Hermogenes. 10
Attulerat mappam nemo, dum furta timentur :
mantile e mensa surpuit Hermogenes...
Ad cenam Hermogenes mappam non attulit unquam,
a cena semper rettulit Hermogenes.

[1] Baehrens, *Catull.*, p. 127; Friedrich, *op. cit.*, p. 131. Plaut., *Persa*, v. 2-6 (II, 2, 44) : illa furtifica laeva; Ovid., *Metam.*, XIII, 110-111 : nec clypeus... conveniet timidae, nataeque ad furta sinistrae.

[2] Septim. Seren., dans Baehrens, *Fragm. poetar. roman.*, p. 385, 6 : laeva quae vides Lavernae. Cf. *supra*, p. 203, 4.

[3] Baehrens, *Catull.*, I, p. 15 (suivant Pleyders, *Varia*, *Mnemosyne*, N. S., I, 1873, pp. 60-61 : qui tua furta vite lenta multari velit).

[4] On sait que le *fustuarium supplicium* est un châtiment militaire. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 983, 4; p. 985, 4 (*Droit pénal romain*, tr. Duquesne, III, pp. 333, 1 et 335, 4); Heuzeln, *la Notion de l'injuria dans le très ancien droit romain*, pp. 67-68.

[5] Baehrens, *Catull.*, II, p. 128.

anéantir; Asinius Pollion souhaiterait, dût-il lui en coûter un talent, que les vols de son frère n'existassent point, c'est-à-dire n'eussent jamais été commis[1].

Ailleurs (n° 25), Catulle s'emporte contre un débauché du nom de Thallus :

Cinaede Thalle...,
remitte pallium mihi meum, quod involasti, 6
sudariumque Saetabum catagraphosque Thynos,
inepte, quae palam soles habere tamquam avita.
Quae nunc tuis ab unguibus reglutina et remitte,
ne laneum latusculum manusque mollicellas 10
inusta turpiter tibi flagella conscribillent.

Pour la première fois[2] nous rencontrons le verbe *involare* dans le sens de *voler*. Servius rattache ce mot à *vola* = *main*[3]. Mais M. Friedrich a montré qu'*involare* n'est qu'un composé de *volare*, et signifie simplement *se précipiter sur*[4]. *Involare* s'oppose à *subripere* comme le vol effronté, impudent, s'oppose à la soustraction dissimulée : *involat qui in die avertit, subripit clam*[5]. Catulle menace le coupable — à supposer qu'il prenne les mots dans leur sens technique — de la flagellation[6]. Ordinairement la flagellation est un supplice servile[7].

La pièce n° 33 vise deux personnages également estimables, Vibennius le père, qui vit des vols qu'il commet dans les établissements de bains, et Vibennius le fils, qui fait profession de pédérastie :

O furum optime balneariorum,
Vibenni pater, et cinaede fili...,

[1] C'est la nouvelle interprétation de Baehrens, *l° c°*, p. 128.

[2] On trouve ensuite *involare* pris dans le même sens chez Cicéron *(Oratio... contra Antonium*, éd. Orelli, Baiter et Halm, IV, p. 941, 41). Cf. Esmein, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XXV (1901), p. 135, n. 1.

[3] Serv., In Verg. *En.*, III, 233. Ed. Thilo et Hagen, I, 383 : *Praedam pedibus circumvolat uncis*] aut circum praedam volat uncis pedibus : aut intra volam interiorem manum amplectitur praedam : unde et involare dicimus intra volam tenere et pyra quaedam volema dicuntur, eo quod volam impleant. In *Georg.*, II, 88. Ed. Thilo et Hagen, III, 1, p. 226 (et Isid., *Orig.*, XVII, 7, 67) : Volema ab eo, quod manum impleant, dicta sunt, unde et involare dicimus.

[4] Ainsi, chez Plaute : *Amph.*, v. 245 (I, 1, 90); *Mil.*, v. 1400 (V, 1, 7); *Mostell.*, 203 (1, 3, 46). Cf., dans un sens analogue, *invadere*. Friedrich, *l° c°*, p. 156.

[5] *Grammat. lat.*, éd. Keil, VII, p. 525.

[6] Sur ce supplice, voy. Baehrens, *Catull.*, II, p. 171.

[7] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 983, 3 *(Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 332, 7).

cur non exilium malasque in oras 5
itis, quandoquidem patris rapinae
notae sunt populo?...

Nous avons déjà rencontré les *fures balnearii* chez Plaute[1]. Mais nous n'avons pas vu qu'il fût question de peines spéciales contre eux. Sous l'Empire seulement l'on a rangé les *fures balnearii* parmi les voleurs qualifiés[2] contre qui le préfet de la ville peut sévir *extra ordinem* à peu près arbitrairement[3]. M. Friedrich a cependant rapporté à l'idée d'une déportation les derniers vers du fragment que nous venons de citer[4]. Cette conjecture ne paraît pas trouver un appui solide dans le texte.

On sera peut-être surpris de trouver chez Catulle tant d'échantillons d'invectives contre des voleurs. C'est que le motif n'est pas un motif purement littéraire. C'est incontestablement un motif magique, qui s'est perpétué jusqu'à une époque où l'on ne croit plus aveuglément à la magie. Dans les milieux les plus divers, on emploie le rite magique, notamment la malédiction écrite, pour se venger d'un voleur inconnu ou hors d'atteinte, et l'amener à récipiscence[5]. A Rome comme ailleurs la tradition existe[6]. Naturellement on a particulièrement lieu de recourir aux maléfices lorsqu'on craint, ce qui est le cas dans les circonstances où se trouvait Catulle, de causer du scandale en engageant une poursuite judiciaire. Les rythmes magiques, et surtout ceux des hendécasyllabes[7], annoncent et préparent les pires calamités contre le voleur. Dans

[1] Plaut., *Rudens*, Vv. 382-385 (II, 3, 51-54). *Supra*, p. 209. Voy. aussi Baehrens, *Catull.*, II, p. 197.

[2] Il y a au *Digeste* un titre spécial (47, 17) consacré aux *fures balnearii*. Voy. surtout Ulpian, *l. VIII de officio proconsulis*, *Dig.*, 47, 17, fr. 1 : Fures nocturni extra ordinem audiendi sunt et causa cognita puniendi, dummodo sciamus in poena eorum operis publici temporari modum non egredienium. Idem et in balnearius furibus.

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 777, 3 et 4 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 86, 7 et 8).

[4] Friedrich, *l. c.*, p. 187. En réalité, le texte s'entend beaucoup mieux d'un exil volontaire, antérieur à tout jugement. Cf. p. ex. la loi *Acilia repetundarum* (631-632 = 123-122), l. 29 : de iudicio in eum quei mortuos erit aut in exilium abierit (Girard, *Textes*[2], p. 38).

[5] Huvelin, *Magie et droit individuel*, *Année sociologique*, X (1907), pp. 13 et sqq.

[6] *Supra*, p. 203.

[7] Cat., 12, 10 : aut hendecasyllabos trecentos Expecta aut mihi linteum remitte.

une épigramme[1] où Catulle ne parle pas expressément de vol, bien que ce soit peut-être bien d'un vol qu'il se plaigne[2], le caractère magique de l'invective ressort avec une netteté saisissante :

Adeste, hendecasyllabi, quot estis
omnes undique, quotquot estis omnes.
Iocum me putat esse moecha turpis
et negat mihi vostra reddituram
pugillaria, si pati potestis. 5
Persequamur eam, et reflagitemus...
Circumsistite eam, et reflagitate : 10
« Moecha putida, redde codicillos ;
redde, putida moecha, codicillos... »
Sed non est tamen hoc satis putandum. 15
Quodsi non aliud potest, ruborem
ferreo canis exprimamus ore.
Conclamate iterum altiore voce :
« Moecha putida, redde codicillos,
redde, putida moecha, codicillos. » 20

Il s'agit là d'une *flagitatio*, dans laquelle la force magique du rythme se renforce par la répétition[3].

Tels sont les principaux passages de Catulle dans lesquels on peut relever des allusions au *furtum*. Il semble inutile de mentionner quelques endroits du même auteur où figurent les mots *fur*, *furtivus*, *furtim*, sans que leur emploi présente aucune particularité caractéristique[4].

4

Les anciens éditeurs de Catulle plaçaient dans son recueil, sous

[1] Cat., 42.

[2] Cf. pourtant l'interprétation de M. Friedrich, p. 213 : il s'agirait d'une requête amoureuse adressée par Catulle à une amie, qui, au lieu de la lui renvoyer avec sa réponse, l'aurait conservée, ou peut-être détruite.

[3] Cf. *supra*, p. 418,2. Sur la *flagitatio*, voy. Usener, *Italische Volksjustiz. Rhein. Museum*, LVI (1901), pp. 1-28; Huvelin, *la Notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, pp. 51 et sqq.; Friedrich, p. 213.

[4] P. ex. Cat., 65, 19-20 :

Ut missum sponsi furtivo munere malum
procurrit casto virginis e gremio...

67, 41 :

Saepe illam audivi furtiva voce loquentem. .

66, 5 :

Triviam furtim sub Latinia saxa relegans...

les numéros 18, 19 et 20, trois *Priapea* qui ne sont pas de lui. Ils les avaient trouvés en tête des manuscrits des *Catalecta* de Virgile ; mais ils avaient vu qu'ils ne pouvaient pas non plus être de Virgile[1]. Deux autres *Priapea* sont faussement attribués à Tibulle[2]. Enfin nous possédons une collection de 80 *Priapea*, due à des auteurs divers, parmi lesquels peut figurer Ovide[3]. Toute cette littérature, d'inspiration fort libre, et où les mêmes motifs se répètent avec une insistance indiscrète, semble avoir pris naissance dans le cercle littéraire[4] qui se groupait autour de M. Valerius Messala Corvinus (né en 690 U. C. = 64 av. J.-C. ; cos. 723 = 31 ; mort 8 apr. J.-C.)[5] ; en tout cas, le recueil des *Priapea* était déjà publié au temps où Sénèque le Rhéteur écrivait ses *Controversiae* (entre 34 et 41 après J.-C.)[6].

Les *Priapea* intéressent l'historien du *furtum* parce que la divinité rurale qu'on y célèbre a pour mission de garder les jardins des déprédations furtives[7]. C'est à titre de prophylactique contre le vol que le maraîcher et le vigneron érigent dans leur enclos le simulacre de Priape, sous la forme d'un poteau grossièrement sculpté et enluminé, qui doit effrayer enfants, oiseaux et maraudeurs de toute

[1] Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, II, 1², 1911, p. 102.

[2] Schanz, *ibid.*, p. 220 ; Cartault, *Tibulle et les auteurs du corpus Tibullianum*, p. 87.

[3] Schanz, *ibid.*, pp. 367-368 ; Teuffel-Kroll-Skutsch, *Gesch. der röm. Literatur*⁵, II, p. 45 ; Baehrens, *Poetae latini minores*, Lipsiae, 1879, I, pp. 58-87 (dont nous avons suivi l'édition).

[4] Baehrens, I, p. 57. Cf. Schanz, II, 1², pp. 219-221.

[5] Schanz, II, 1², pp. 21-24. Il n'est pas indifférent de noter que Valerius Messala était le beau-frère du jurisconsulte Servius Sulpicius Rufus, dont la fille, la poétesse Sulpicia, était l'un des ornements de son cercle littéraire (Schanz, II, 1², p. 238). Il serait piquant — et instructif — de supposer que le grand « iuris civilis auctor, vir bene litteratus », comme dit Aulu-Gelle (II, 10, 1), aurait pu se divertir aux folies des *Priapea*, et suggérer à quelque poète, sinon écrire lui-même, telle plaisanterie juridique du recueil. Nous savons effectivement qu'il a composé des poésies (Plin., *Epist.*, 5, 3, 5 ; Ovid., *Trist.*, II, 441), et Ovide atteste même que ces poésies manquent de retenue :

Nec minus Hortensi, nec sunt minus improba Servi
carmina : quis dubitet nomina tanta sequi?

Malheureusement les données chronologiques autorisent à peine notre révérence : Servius est mort peu de temps avant Cicéron, en 711 = 43, alors que Valerius Messala n'avait que vingt et un ans.

[6] Schanz, II, 1², p. 368.

[7] Voy. aussi Minervini, *Annali dell' instituto di corrispondenza archeologica*, XXIII (1851), pp. 52-53.

sorte. L'auteur des *Priapea* insérés dans les *Catalecta* fait dire au dieu :

> Pro quis omnia honoribus huic necesse Priapo est
> praestare et domini hortulum vineamque tueri.
> Quare hinc, o pueri, malas abstinete rapinas[1]...

et ailleurs :

> Agellulum hunc, sinistra et ante quem vides,
> erique villulam hortulumque pauperis
> tueor malamque furis arceo manum[2].

Horace et Martial, qui se sont inspirés des *Priapea*, reproduisent le même motif :

> Deus inde ego furum aviumque
> maxima formido; nam fures dextra coercet,
> obscœnoque ruber porrectus ab inguine palus[3].

> Furem Priapo non timente securus[4]..

> Furaces, moneo, manus repellas[5]..,

De même Ovide :

> Quique Deus fures vel falce inguine terret[6]...

Rien n'échappe à la vigilance de Priape, qui menace d'un châtiment immédiat quiconque déroberait les légumes ou les fruits commis à sa surveillance. Il est armé d'un bâton noueux, — le phallus de son effigie. Tantôt cette arme servira au *vilicus* à poursuivre et à corriger les voleurs :

[1] *Catalecta*, III, 19. Nous suivons l'édition Ribbeck (*Appendix Vergiliana* P. Vergilii Maronis *Opera*, IV).

[2] *Catalecta*, II, 3-5. Cf. les imitations de J.-M. de Heredia, *les Trophées* (*Hortorum Deus*, I-V), notamment I, 12-13 :

> A présent, vil gardien de fruits et de salades,
> contre les maraudeurs je défends cet enclos...

[3] Horat., *Sat.*, I, 8, 2-4.

[4] Martial., III, 58, 47.

[5] Martial., VIII, 40, 4. Voy. de même VI, 26, 3; VI, 72; X, 94, 4. *Priapea* (éd. Baehrens), 17, 2; 24; 51; 52; 55; 58; 77, etc.

[6] Ovid., *Met.*, XIV, 640.

at pol ecce vilicus
venit, valenti cui revulsa bracchio
fit ista mentula apta clava dexterae[1]...

tantôt elle servira au dieu lui-même à exercer contre certains pillards — jeunes garçons et jeunes filles — des représailles d'autre sorte[2]. Inutile d'ajouter que c'est à peine si, dans les gaillardises qu'accumulent à ce propos les auteurs de *Priapea*, l'on trouve quelques souvenirs des préceptes qui régissent la répression du vol flagrant. Notons cependant un passage qui semble rappeler la peine capitale qu'encourt le *fur manifestus :*

Femina si furtum faciet mihi virve puerve
haec cunnum, caput hic praebeat, ille nates[3].

et un autre passage où l'auteur, qui joue sur le mot *testes (témoins* ou *testicules),* fait peut-être une allusion lointaine à la publicité requise pour l'exécution privée d'un voleur pris sur le fait : on sait que le volé ne peut mettre à mort le *fur diurnus qui telo se defendit* qu'après avoir appelé ses voisins à la rescousse[4].

Dicat forsitan haec sibi ipse : « Nemo
hic inter frutices loco remoto
percisum sciet esse me » ; sed errat :
magnis testibus ista res agetur[5].

5

M. Terentius Varro, né en 638 U. C. (= 116 a. Chr.), mort en 727 (= 27), archéologue, historien, géographe, philologue, agro-

[1] *Catalecta*, II, 19-21. Cf. l'imitation de Heredia (*Hortorum Deus*, III, 5-8) :
D'ailleurs, là-bas, du fond des chaumes qu'il étrape,
le colon vous épie, et, s'il vient, par mon pieu!
vos reins sauront alors tout ce que pèse un dieu
de bois dur emmanché d'un bras d'homme qui frappe.

[2] *Priapea*, 6, 3-4 ; 13 ; 23 ; 25, 5 ; 31 ; 35 ; 44, 2 ; 56 ; 59, 64 ; 67, 69, 76, 77, 9. Cf. *supra*, p. 201, 1, des passages analogues d'Aristophane.

[3] *Priapea*, 22 (Baehrens, I, 64). N'y a-t-il pas, sous l'obscénité des derniers mots (*ille nates*) une équivoque juridique? Nous savons que les impuberes pris en flagrant délit de vol sont corrigés à coups de bâton. *Supra*, p. 56.

[4] *Supra*, pp. 27 et sqq.

[5] *Priapea*, 15, 4-7 (Baehrens, I, 62)

nome, a fait aussi, à l'occasion, figure de juriste. Il a écrit un traité de droit civil en quinze livres, aujourd'hui perdu, et tout ce que nous possédons de son abondante production littéraire atteste la curiosité qu'il manifestait pour les choses du droit. Sanio a même conjecturé [1], — et l'on a peut-être tort de rejeter aujourd'hui presque sans examen son hypothèse [2], — que les *Libri iuris civilis* de Varron constituent la principale source à laquelle les jurisconsultes classiques ont puisé leurs informations sur les antiquités juridiques de leur pays et, notamment, la principale source dont a usé Pomponius pour composer son *Enchiridion :* si bien qu'une grande partie des renseignements réunis dans le célèbre fragment 2 (*De origine iuris*, *Dig.*, I, 2) viendrait de Varron. En ce qui concerne le *furtum*, des *Varroniana* se rencontrent chez plusieurs jurisconsultes classiques, et bien des traits de la tradition historique recueillie par Gaius dans ses Institutes semblent porter la marque de Varron. Nous n'avons pas toujours le moyen d'appuyer cette impression sur des preuves décisives. Du moins pouvons-nous la corroborer par quelques indices.

Nous connaissons une étymologie du mot *furtum* que Varron avait proposée. Il rattachait *furtum* à l'adjectif archaïque *furvus* = *noir*, *sombre*, *obscur* [3], et, pour justifier cette étymologie, il insistait sur ce que les voleurs aiment l'ombre et les ténèbres, qui favorisent leurs entreprises. Cette étymologie aetiologique a eu une singulière fortune [4], puisque nous la trouvons citée ou adoptée, non seulement par des philologues comme Aulu-Gelle, Acron, Porphyrion, Nonius, Servius, Isidore de Séville, mais encore par des jurisconsultes comme Labéon. Nous transcrivons ici, dans l'ordre chronologique, les diverses versions que nous possédons de l'étymologie Varronienne.

Labéon :

[1] Sanio, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen*. I. *Das Fragment des Pomponius De origine juris*, Leipzig, 1867.

[2] M. P. Krueger, *Quellen*², p. 86, 14, semble cependant l'accepter.

[3] Paul. Diac., éd. M., p. 84 ; éd. Th. de P., p. 59 : Furvum nigrum, vel atrum. Hinc dicta furnus, Furiae, funus, fuligo, fulgus, fumus. Cf. éd. M., p. 93 ; éd. Th. de P., p. 66 : Furvum bovem, id est nigrum, immolabant Aterno.

[4] On la retrouve jusqu'au xive siècle, dans le *Style des Maucreux*. Voy. A. Giffard, *Etudes sur les sources du droit français*. *Nouv. Rev. Hist de droit*, XXXVII (1913), p. 209.

Furtum a furvo, id est nigro, dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte[1].

Aulu-Gelle :

Haec Varro in primore libro (XIV rerum humanarum) scripsit... Sed in posteriore eiusdem libri parte furem dicit ex eo dictum, quod veteres Romani furvum atrum appellaverint, et fures per noctem, quae atra sit, facilius furentur[2].

(Varro putavit) furem a furvo, id est nigro, appellari[3].

Acron :

Alii volunt furvae pro nigrae positum, unde et furta putant dicta, quod committuntur obscuro[4].

Porphyrion :

Quam paene furvae regna Proserpinae. Furvae nigrae significat. Unde furta putant dicta, quod per nigrorem aeris, id est tenebras, maxime fiant[5].

Nonius :

Fures significationem habere a furvo, quod Romani veteres furvum atrum appellaverunt; et quod per obscuras atque atras noctes opportuna sit eis mali effectio, eos dictos fures Varro <ostendit> Rerum Humanarum lib. XIV. Furem ex eo dictum quod furvum atrum appellaverint et fures per obscuras noctes atque atras furentur[6].

[1] Paul., *l. XXXIX ad edict. Dig.*, 47, 2, fr. 1, pr. Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, p. 561, 14; Ceci, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892, p. 98. De même *Inst. Just.*, IV, 1, 2 (sans doute d'après Paul) : Furtum autem vel a furvo, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fit et plerumque nocte...; — et Theoph., *Paraph.*, IV, 1, 2 : Κλέπτεται δὲ κλέπτης ἤ κλοπή furtum a furvo id est nigro, ἐπειδὴ νύκτα καὶ ἀμαυρόν καὶ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον [illegible]

[2] Gell., I, 18, 3-4 (Ed. Hosius, I, p. 77); Funaioli, *op. cit.*, I, p. 235, 131. Aulu-Gelle critique d'ailleurs l'étymologie de Varron, et rapproche *fur* du grec [illegible]. Aussi Hosius, estimant que cette critique dépasse la compétence ordinaire d'Aulu-Gelle, croit-il (I, Praef., p. XXIV, 5) que cet auteur a emprunté tout le morceau à quelque jurisconsulte. Le rapprochement de *fur* et de φώρ se faisait couramment chez les juristes (Paul., *Dig.*, 47, 2, fr. 1, pr.). Ce n'est point, d'ailleurs, d'après Mas. Sabinus, qu'Aulu-Gelle a cité Varron, car Sabinus faisait dériver *furtum* de *ferre*. Ajoutons : ce n'est pas d'après Labéon, qui s'en tenait à l'étymologie de Varron.

[3] Gell., N. A., I, 18, 6.

[4] Acro (IIe ou IIIe s.), in Horat., *Carmina*, II, 13, 21 : *Acronis et Porphyrionis commentarii in Q. Horatium Flaccum*, éd. Hauthal, Berolini, 1864-1866, I, p. 205.

[5] Pomp. Porphyrio (IIIe s.), in Horat., II, 13, 21 : *Ibid.*, I, p. 206.

[6] Nonius Marcellus (commencement du IVe siècle), éd. Mercier, p. 50; éd. Quicherat, p. 50. La plus récente édition de Nonius (Nonii Marcellii *De compendiosa*

Servius :

Furtim num a plebe, hoc est nullo sciente, id est latenter? nam et furtum ideo dicitur quod magis per tenebras admittatur : unde fures qui quasi per furvum tempus, hoc est nigrum, aliquid subripiunt[1].

Hic furto fervidus instat scilicet Euryalus, qui saeviebat latenter, ut sit « furto » nocturno proelio : nam fures ideo dicti sunt, quod furvo, id est nigro tempore furta committunt[2].

Nocturnum furem captantem noctis opportunitatem. Fur autem a furvo dictum est, id est a nigro; nam noctis utitur tempore : Horatius *quam paene furvae regna Proserpinae :* aut certe a graeco venit; nam fur φὼρ vocatur[3].

Isidore de Séville :

Furtum est rei alienae clandestina contrectatio, a furvo id est fusco vocatum, quia in obscuro fit[4].

Fur a furvo dictum est, id est a fusco. Nam noctis utitur tempore[5].

Furo[6] a furvo dictus, unde et fur. Tenebrosos enim et occultos cuniculos effodit, et eiicit praedam quam invenerit[7].

Inter latronem et furem. Qui alienum involat, fur est; qui furatur

doctrina libros XX... edid. Wallace M. Lindsay, Lipsiae, 1903. I, p. 71) donne un texte notablement différent : Fures significationem habere a furvo, quod Romani veteres atrum appellaverint et quod per obscuras atque atras noctes oportuna sit eius mali effectio, eo dictos fures Varro Rerum Divinarum lib. XIV : « Furem ex eo dictum quod furvum atrum appellaverint et fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. » L'attribution au livre XIV des *Res divinae* (et non des *Res humanae*) paraît contredite par Aulu-Gelle. A moins que le même passage ne figurât dans les *Res divinae* et dans les *Res humanae*, et précisément au même livre XIV de chaque ouvrage?

[1] Maurus Servius Honoratus (IVe-Ve s.?) *(In Vergilii carmina commentarii*, éd. Thilo et Hagen, Lipsiae, 1881-1887), in *Æn.*, II, 18, t. I, p. 217.

[2] In *Æn.*, IX, 348. *Ibid.*, II, p. 341.

[3] In *Georg.*, III, 407. *Ibid.*, III, p. 308. Hosius, dans la préface de son édition d'Aulu-Gelle (I, p. XXIV), croit que Servius a copié ici Aulu-Gelle.

[4] Isidorus (Vers 570-636), *Origines*, V, 26, 19. Faute d'une édition critique des *Origines*, qui n'existe pas encore, nous avons suivi l'édition donnée dans la *Patrologie latine* de Migne, LXXXII, III, p. 210. Cf. Priscianus, *Institutiones grammaticae* (Ve-VIe siècles) (éd. Hertz, dans Keil, *Grammatici latini*, II, 1855 et III, 1859), I, 11, 21 ; 27, 23.

[5] Isidorus, *Orig.*, X, 107, *l° c°*, p. 378.

[6] Il s'agit, comme le montre le contexte, du furet.

[7] Isidor., *Orig.*, XII, 2, 39, *l° c°*, p. 440.

et occidit, latro est. Proprie autem latro a latitando insidiis (in insidiis?) dictus : fur autem a furvo vocatus, id est nigro; nam noctis utitur tempore. Pulchre autem Plautus cuidam qui furabatur ait : Tu trium litterarum homo, id est fur[1].

Glossae Placidi :

Furvarum nationum gentium nigrarum, id est Indi, Ægyptii, Mauri, Æthiopes. Furvum enim nos nigrum dicimus, unde fures, qui in obscuro latent et forni; furvi ergo nigri[2].

Glossae Nonii :

Furis a furvo dicti quod per discuritatem tatem rapiunt[3].

Excerpta ex codice Cassinensi 402 :

Fur a furvo id est nigro dicitur[4].

Wolfhardus, *Miracula sanctae Walpurgis :*

Fures, qui a furvo, id est nigro traxere etymologiam priscam[5].

Etienne de Bourbon, *Anecdotes Historiques* (XIIIe siècle) :

Fur dicitur a furvo, nigro vel obscuro, quia per tenebras incedit[6].

D'après Aulu-Gelle, suivi par Nonius, Varron donnait cette étymologie dans la première partie du livre XIV de ses *Res humanae*[7]. Mais il avait dû la répéter dans d'autres de ses ouvrages. On n'a pas remarqué, à notre connaissance, qu'il y avait fait une allusion peu équivoque dans un passage de ses *Res rusticae* où il traite des abeilles, et dit, en passant, un mot de quelques insectes voisins. Il y fait, à propos du frelon, une seule remarque. Le frelon (*fur* ou *fucus*), dit-il, est noir (*ater*) : « Fur qui vocabitur, ab aliis fucus, est ater lato ventre[8]. » Evidemment Varron songe au rap-

[1] Isidorus, *Differentiae, sive de proprietate sermonum libri duo*, n° 340. Migne, *Patrol. lat.*, LXXXIII, IV, col. 45.

[2] *Glossae Placidi* (VIIe siècle?). Goetz, *Corpus glossariorum latinorum*, V, 23, 13; V, 71, 4; V, 105, 27.

[3] *Glossae Nonii* (VIIIe-IXe siècles). Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, p. 650, 40.

[4] *Excerpta ex codice Cassinensi 402* (Xe siècle). Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, p. 572, 17.

[5] Dans Mabillon, *Acta Sanctorum ordinis S. Benedicti*, 1672, III, 2, p. 298.

[6] Ed. Lecoy de la Marche, Paris, 1877, p. 369.

[7] Les *Res humanae*, écrites vers 698 (= 56) (Norden, *De Stilone Cassinensi Varrone grammaticis commentatio*, Greifswald, 1895, p. XIV) formaient la première partie de son manuel d'*Antiquitates* en 41 livres.

[8] Varro, *R. R.*, III, 16, 19.

prochement étymologique qu'il avait fait dans ses *Res humanae*[1] entre *fur* d'une part, et *furvus* (*fuscus* chez Isidore), synonyme d'*ater* ou de *niger*, de l'autre[2]. Varron a pu replacer la même étymologie dans ses *Libri iuris civilis*[3], et peut-être certains contrastes entre les diverses versions de cette étymologie qu'ont recueillies les auteurs postérieurs s'expliqueraient-ils si l'on admettait que ces auteurs n'ont pas tous puisé dans le même ouvrage de Varron.

La plus intéressante pour nous de ces versions est celle d'Isidore de Séville (V, 26 19), parce qu'elle contient quelque chose de plus que les autres. A l'étymologie, que nous savons être de Varron, elle joint en effet une définition du *furtum* qui pourrait bien remonter au même auteur, car les deux membres de phrase se rattachent librement et naturellement l'un à l'autre, dans un même contexte, en une forme familière à Varron, et semblent bien constituer une citation homogène. Cette attribution se fortifie par ce que nous savons des sources d'Isidore. Depuis les travaux de Dirksen[4], et surtout de M. Kübler[5], on s'accorde à penser qu'Isidore a utilisé trois séries de sources pour composer le Ve livre de ses *Origines* : en première ligne, un Manuel élémentaire de droit, écrit en Espagne peu après la rédaction du Code Théodosien, et, en seconde ligne, des extraits des Pères de l'Eglise ou de grammairiens anciens[6]. A laquelle de ces trois séries se rattache le passage que nous avons transcrit ? Nous ne pouvons guère hésiter qu'entre le Manuel juri-

[1] Les *Rerum rusticarum libri* ayant été écrits par Varron alors qu'il avait 80 ans (*R. R.*, I, 1, 1), c.-à-d. en 717 (=37), sont postérieurs aux *Res humanae*.

[2] Il y a d'autres exemples de doubles emplois analogues entre le XIVe livre des *Res humanae* et les *Res rusticae*. Ainsi Aulu-Gelle nous apprend que, dans ce même endroit des *Res humanae*, Varron critiquait l'étymologie du mot *lepus* donnée par L. Ælius et lui en substituait une autre. Tout le passage se trouve reproduit dans le livre III des *Res rusticae* (III, 12, 6).

[3] D'une façon générale, le procédé parait courant chez Varron. M. Goetz a notamment montré (*Zur Würdigung der grammatischen Arbeiten Varros. Abhandlungen der philologisch-historischen Klasse der kön. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, 1909) que, dans ses œuvres grammaticales, Varron donne régulièrement des extraits de ses autres livres.

[4] Dirksen, *Die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen* (*Hinterlassene Schriften*, I, pp. 185-203), pp. 198 et sqq. Voy. aussi Dressel, *De Isidori originum fontibus* (Götting. Diss.), Turin, 1874; Teuffel-Kroll-Skutsch, III[6], p. 543.

[5] Kiebler, *Isidorusstudien*. *Hermes*, XXV (1890), pp. 496-526, notamment pp. 518-519.

[6] Cf. Dirksen, *l. c.*, p. 196, n. 49 et 50.

dique récent et les œuvres grammaticales anciennes. Or le Manuel est exclus par ce fait qu'il consacrait du *furtum* une notion incompatible avec celle de notre passage. Nous possédons en effet une définition de la *pervasio*, qui, elle, provient sûrement du Manuel, puisque le mot *pervasio* lui-même est de la basse époque, et appartient au vocabulaire du Code Théodosien[1], et qui est ainsi conçue :

Pervasio est rei alienae manifesta praesumptio. Furtum autem earum rerum fit quae de loco in locum transferri possunt, pervasio autem et earum rerum quae transferuntur et earum quae immobiles sunt[2].

Il résulte de là que, tandis que la source du § 19 concevait le fait qualificatif du *furtum* comme une *clandestina contrectatio*, la source du § 20 le concevait strictement comme une soustraction, un déplacement. Les deux sources ne se confondent donc point, et le § 19 n'est pas tiré du Manuel[3]. Il procède presque sûrement des grammairiens anciens. On peut sans excès d'audace le ranger parmi les nombreux *Varroniana* qu'Isidore a recueillis[4].

Nous possédons ainsi, croyons-nous, une définition Varronienne du *furtum* : *Furtum est rei alienae clandestina contrectatio*. C'est la plus ancienne qui nous soit parvenue[5]. Définition évidemment

[1] Kuebler, *l. c.*, p. 519.

[2] Isid., *Orig.*, V, 26, 20.

[3] On ne peut pas tirer parti dans le même sens de l'observation faite par M. Kuebler, *l. c.*, p. 518, d'après laquelle les passages du livre V répétés au livre X sont tirés de commentaires d'œuvres poétiques, bien que l'étymologie de *furtum* soit dans ce cas (V, 26, 19, et X, 106). Mais nous remarquerons : 1° que cette répétition n'est que partielle (Elle porte sur l'étymologie, non sur la définition du *furtum*) ; 2° qu'Isidore a dû utiliser deux sources différentes. Le texte de X, 106, est visiblement apparenté (Thilo et Hagen, III, p. 308, disent même : emprunté) à Servius, in Verg., *Georg.*, III, 407. Au contraire, le texte de V, 26, 19, dérive d'une source plus ancienne, voisine de celle qu'a suivie Labéon.

[4] Sando, *Varroniana*, p. 235, n. 357 ; Dirksen, *Die römisch-rechtlichen Quellen der Grammatiker Verrius Flaccus und Festus Pompeius. Hinterlassene Schriften*, I, p. 98, n. 171.

[5] Nous possédons, à vrai dire, deux autres définitions du *furtum* transmises par Nonius Marcellus, *Compendiosa doctrina per litteras* (éd. Merc., pp. 453 et 310, éd. Quicherat, pp. 525 et 350 ; éd. Lindsay, pp. 727 et 483). La première se réclame de l'autorité des anciens auteurs. Elle est ainsi conçue :

Furtum etiam non ablata res, sed omne quidquid occulte geritur, auctoritate veterum dici potest. Vergilius Georg. lib. IV (346).

Vulcani Martisque dolos et dulcia furta.

Malgré l'*auctoritas veterum* invoquée par Nonius, cette définition est relativement récente ; car elle provient sans doute d'un scholiaste de Virgile. Elle est d'ailleurs

vague et sans contours arrêtés, qui trahit le grammairien soucieux d'englober dans sa définition toutes les acceptions, même extra-juridiques, du mot défini. Un juriste praticien n'eût point fondé sa définition sur une notion aussi élastique que celle de la clandestinité. Remarquons aussi que nous avons dans ce texte le premier exemple de l'emploi du mot *contrectatio* pour désigner l'élément matériel du *furtum*. Ce mot n'est pas originairement un mot de la langue juridique technique. *Contrectare*, *attrectare*[1] sont empruntés à la langue la plus familière; on les rencontre dès le VIe siècle, chez les comiques, avec l'acception de manipuler, manier. Le plus souvent ces termes sont pris dans un sens érotique[2]. On traduirait *contrectare* par palper, caresser, nous dirions plus exactement patiner, en nous réclamant de l'autorité de nos classiques français[3], ou

impropre et maladroite. Elle prend successivement *furtum* dans son sens concret (=*ablata res*) et dans son sens abstrait (=*quidquid... geritur*). En outre, pour écarter toute confusion entre le délit qu'elle définit et la soustraction, elle donne à ce délit une portée vague et indéfinie, en y comprenant tous les actes clandestins. — L'autre définition se borne à juxtaposer les deux idées de soustraction et de clandestinité; elle identifie le vol avec la soustraction clandestine :

Furtum est occulta subreptio. Vergilius Georg. lib. IV (346) :

Vulcani Martisque dolos et dulcia furta.

Comme la précédente, cette définition remonte à un scholiaste de Virgile. — A cette scholie, Nonius en ajoute une autre (éd. Merc., p. 310; éd. Q., p. 350; éd. L., p. 484), destinée à éclaircir le mot *fures* :

Fures etiam servi sunt dicti. Vergilius in Bucolicis (III, 16) :

Quid domini faciant, audent cum talia fures?

Cette dernière scholie n'offre aucun intérêt. On pourrait songer, à première vue, à la verser au débat sur la condition ancienne du *fur addictus* (*supra*, p. 56), et supposer qu'on donnait parfois aux esclaves la qualification de *fures* parce que le *fur manifestus* devenait, après l'*addictio*, esclave du volé. Mais il suffit d'y regarder de près pour se convaincre que la scholie en question ne s'explique que par une faible interprétation du vers de Virgile qu'elle commente : elle oppose les *domini* et les *fures* comme s'il s'agissait de maîtres et d'esclaves, alors que Virgile n'a voulu opposer, comme le prouve le contexte, que des propriétaires et des voleurs. Cf. Desjardins, *Traité du vol*, p. 187. Dans l'ensemble, toutes ces définitions de Nonius remontent à des sources médiocres, postérieures au début de l'Empire.

[1] Pour *attrectare*, qu'on a employé aussi à définir le *furtum*, voy. p. ex. Plaut., *Rudens*, v. 419-420 (II, 4, 6-7). *Ampelisca :* Nimium familiariter me attrectas. *Persa*, 227 (II, 2, 45); *Pœn.*, 350 (I, 2, 13), et, en général, *Thesaurus linguae latinae*, V° Attrecto, II, col. 1161-1162.

[2] Plaut., *Pœn.*, v. 1310 (V, 5, 32) : aut contractare quod mares homines amant...; v. 698 (III, 3, 85); *Asin.*, 523 (III, 1, 20); *Miles*, 1052 (IV, 2, 61), etc. *Thesaurus linguae latinae*, V° Contrecto, IV, col. 774-775.

[3] Molière, *Georges Dandin*, II, 1 : *Claudine :* Je n'aime pas les patineurs.

peloter, si le mot ne sentait trop l'argot. Est-ce s'abuser que de voir dans cette signification première de *contrectare* un petit indice favorable à notre conjecture? Les juristes sont professionnellement gens prudes. Il fallait qu'un antiquaire s'en mêlât pour qu'ils accueillissent dans le commerce juridique un mot de si mauvaise compagnie.

6

Immédiatement après avoir reproduit, d'après Varron, l'étymologie du mot *furtum*, et dans le même paragraphe, Isidore poursuit :

Furtum autem capitale crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli[1].

Faut-il attribuer aussi cette formule à Varron?

Remarquons d'abord qu'Isidore ne l'a pas empruntée au Manuel juridique qu'il a ordinairement suivi. Car la même phrase se rencontre déjà chez Servius, qui l'a recueillie dans son commentaire de Virgile[2]. Elle rentre donc dans la masse des matériaux d'origine philologique qu'Isidore a utilisés. Au surplus, elle trahit elle-même ses origines : un jurisconsulte aurait spécifié que les sanctions dont il parle sont celles du *furtum manifestum*.

A la différence d'Isidore, Servius n'accole pas la phrase *Furtum capitale crimen erat...* à l'étymologie varronienne du *furtum*. Il l'emploie isolément, pour interpréter les mots *At furis Caci mens* du chant VIII, vers 205, de l'*Enéide :*

At furis Caci mens. Pro ingenti scelere furis nomen posuit : capitale enim crimen apud maiores fuit ante pœnam quadrupli. Sed hic quidam ab Evandro tamquam in degeneri fraude[3] furem appellatum volunt[4].

Servius, selon sa coutume[5], a juxtaposé ici des gloses d'origines

La Fontaine, *Conte Rémois*. On les loue De leur beauté, de leurs ajustements ; On les contemple, on patine, on se joue ..

[1] Isid., *Orig.*, V, 26, 19.

[2] Isidore l'a-t-il empruntée à Servius? M. Kremer l'admet (*l. c.*, p. 514). Nous pouvons laisser la question en suspens.

[3] Ces mots sont restitués par les éditeurs. *Degener fraus* : perfidie qui déshonore les descendants.

[4] Serv., in Verg., *Æn.*, VIII, 205. Ed. Thilo et Hagen, II, p. 208.

[5] Teuffel-Kroll-Skutsch, III^5, p. 305.

et d'inspirations diverses. La glose *Capitale enim crimen...* se relie assez maladroitement au contexte. Le mot *furtum* manque. En outre, Servius fait ici de l'expression *capitale crimen* l'équivalent de l'expression *ingens scelus*. Il la détourne ainsi de son sens propre, attesté par le témoignage de Gaius que nous avons déjà étudié : « Pœna manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber addicebatur ei cui furtum fecerat[1]... » Quand on dit que le *furtum manifestum* est un *capitale crimen*, cela veut dire, non pas que c'est un grand crime, mais que c'est un délit puni de la *pœna capitis*. Celle-ci résulte de l'*addictio* du voleur au volé, complétée par des pénalités accessoires.

Il est bien difficile de savoir où Servius et Isidore ont pris la glose qui nous intéresse.

Toutefois un point paraît acquis : cette glose date d'une époque où la *pœna capitis* ne constituait plus la sanction normale du *furtum manifestum*, et était remplacée par la condamnation d'une action au quadruple. Si cette glose émane bien d'un grammairien, elle tend à expliquer quelque allusion à l'*addictio* du *fur manifestus* contenue dans un texte ancien, et devenue peu intelligible depuis que le droit avait changé. En ce cas, le texte interprété ne serait guère postérieur au VIIe siècle : jusque-là seulement l'*addictio* du *fur manifestus* restait une institution vivante. C'est la littérature du VIe siècle qui fournit les principales allusions à ses applications[2]. La littérature, cependant plus riche, du VIIe siècle s'en occupe peu[3]. Peut-être notre glose aurait-elle été écrite pour éclaircir un passage de quelque œuvre dramatique, par exemple de l'*Addictus* de Plaute[4], ou, mieux encore, du *Pœnulus* du même auteur ? Elle se situerait bien en marge des vers 185-186, 564, 1340 et suivants, ou 1361, du *Pœnulus*. Mais la glose a-t-elle pour auteur un grammairien ?

[1] Gaius, III, 189. Cf. IV, 111 : Furti... manifesti actio... perpetuo datur : et merito, cum pro capitali pœna pecuniaria constituta sit.

[2] Notamment dans le *Pœnulus* de Plaute, et chez Caton dans son discours *De praeda militibus dividenda* (*M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant*, éd. Jordan, Lipsiae, 1860), p. 69. Cf. le *Thesaurus linguae latinae*, V° *Addico*, I, col. 574 et sqq.

[3] Voy. pour les allusions à l'*addictio*, — devenues motifs littéraires chez les poètes de la basse époque, — Costa, *Il diritto nei poeti di Roma*, Bologna, 1898, pp. 8-9.

[4] Mais nous ignorons si, dans cette pièce, dont il ne nous reste que le titre et deux vers sans intérêt, il s'agit d'une *addictio* consécutive à un vol.

N'aurait-elle pas aussi bien pour auteur un juriste commentant un texte du vieux *ius civile ?*

Cette incertitude rend très problématique l'attribution de la glose à un auteur déterminé. A première vue, on pense à Varron[1] ; cela est naturel, vu la place qu'occupe la glose en question dans les *Origines* d'Isidore, auprès de l'étymologie Varronienne de *furtum*. Cependant en y regardant de plus près, on constate que le rapprochement est tout à fait artificiel. A la différence de la définition du *furtum*, qui faisait corps, dans un même contexte, avec l'étymologie due à Varron, nous n'avons ici qu'une simple juxtaposition, en deux phrases indépendantes. Il y a donc sensiblement moins de chance pour que le rapprochement témoigne d'une origine commune.

Il ne reste, pour identifier l'auteur de notre glose, qu'à essayer d'utiliser certaines ressemblances terminologiques existant entre elle et divers passages des Institutes de Gaius. Ces ressemblances sont assez frappantes pour impliquer un rattachement à une source commune. Elles portent sur deux points :

A — Sur l'emploi du mot *crimen* pour désigner le délit de *furtum*. La langue juridique prend rarement *crimen* dans le sens de *délit privé*. A peine peut-on citer[2], à l'appui de l'expression *crimen privatum* trois textes, dont l'un est de la basse époque[3], et les deux autres suspects d'interpolation[4]. Seules les Institutes de Gaius[5] et la glose recueillie par Servius et Isidore donnent le nom de *crimen* au *furtum*. Gaius, dans ses autres œuvres, et, en général, les jurisconsultes classiques se gardent de commettre pareille impropriété.

B — Sur la désignation du délit de *furtum* comme un délit capital, c'est-à-dire comme un délit entraînant la *pœna capitis*.

[1] Remarquons que Varron avait enrichi de commentaires les pièces de Plaute. Ses *Libri quinque quaestionum Plautinarum* étaient, selon M. Schanz (I, 2^3, p. 534), un recueil de gloses. Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, pp. 207-208.

[2] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 10, 4. *Dr. pénal romain*, tr. Duquesne, I, p. 10, 1.

[3] Const. de Zenon (Ann. 48[486]) *Code*, 3, 24, const. 3, pr.

[4] Ulpian, *l. VIII Disput. Dig.*, 48, 19, fr. 1, 3, et Paul, *l. I Sent. Dig.*, 48, 16, fr. 3. Dans ce dernier texte, l'interpolation paraît prouvée, quoi que dise Mommsen, par la comparaison de Paul., *Sent.*, I, 5, 2.

[5] A trois reprises : III, 197 et 208 ; IV, 178. Voy. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, p. 23.

Seules entre toutes les œuvres juridiques, les Institutes de Gaius parlent, et à deux reprises[1], de la peine capitale à propos du *furtum*[2].

On admettra difficilement que cette double coïncidence soit fortuite. Bien plutôt pensera-t-on qu'il existe quelque lien entre la tradition grammaticale recueillie par Servius et Isidore, et la tradition juridique recueillie par les Institutes de Gaius.

Mais quel lien? Dira-t-on, par exemple, que Servius et Isidore ont tiré leur glose des Institutes de Gaius ? Isidore est hors de cause, puisqu'il reproduit une formule stéréotypée, qu'on trouvait déjà chez Servius. Peu nous importe de constater que l'auteur du Manuel juridique partiellement utilisé par lui connaissait les Institutes de Gaius[3]. Mais Servius, qui, lui aussi, a cité au moins une fois Gaius[4], n'aurait-il pas composé notre glose, qu'Isidore lui aurait ensuite empruntée ? Aucunement, car, nous le savons, Servius transcrit une formule qu'il ne comprend pas, qu'il détourne de son sens normal et légitime : il faut donc qu'il l'ait trouvée toute faite.

Il résulte des observations précédentes que Servius et Isidore n'ont pas copié Gaius[5]. Ils ont donc puisé à la même source que lui. Il nous reste à conjecturer quelle peut être cette source commune. Les sources de Gaius se ramènent sensiblement aux sources de la tradition sabinienne, remontant jusqu'à Masurius Sabinus par l'intermédiaire de Pomponius. C'est par la tradition Sabinienne que Gaius a accueilli dans ses Institutes bon nombre de *Varroniana*[6], peut-être aussi de *Verriana*. Servius et Isidore avaient-ils trouvé la glose que nous étudions chez Varron ou chez Verrius Flaccus ? Avaient-ils

[1] Gaius, III, 189; IV, 111. Zanzucchi, p. 14.

[2] Voy. aussi Val. Max., 7, 6, 1 : Addictorum etiam et capitali crimine damnatorum sex milia... L'*addictio* et la condamnation encourue pour *crimen capitale* sont donc ici deux choses distinctes.

[3] Kuebler, *l° c°*, p. 518; Dirksen, *Die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des röm. Rechts. Hinterl. Schriften*, I, p. 195, 44.

[4] Servius in Verg., *Georg.*, III, 306. Thomas, *Essai sur Servius et son commentaire sur Virgile*, Paris, 1880, pp. 187 et 206; Kuebler, V° *Gaius* (dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie der klassischen Alterthumswissenschaft*, VII, c. 503).

[5] M. Thomas, *op. cit.*, p. 208, est amené à conclure, d'une façon générale, que « Servius ne semble pas avoir employé Gaius ni les jurisconsultes... ».

[6] Sanio, *Varroniana*, I, *passim*, notamment pp. 230-231; pp. 237 et sqq.; pp. 247-250 (avec plus de réserves pour les *Institutes* que pour les *Libri ad leg. XII Tabularum*).

même utilisé un passage de Masurius Sabinus ? C'est entre ces noms que l'on doit vraisemblablement choisir ; nous n'avons pas de raison de pencher pour l'un plutôt que pour l'autre.

La question a d'ailleurs un gros intérêt historique. Selon qu'on attribuera à Varron, à Verrius Flaccus ou à Masurius Sabinus le texte *Furtum capitale crimen apud maiores fuit ante pœnam quadrupli*, on pourra localiser avant la mort de Varron (727 U. C.) ou avant celle de Verrius Flaccus (règne de Tibère) ou avant celle de Mas. Sabinus (règne de Néron) la date de l'édit qui substitua la *pœna quadrupli* à l'*addictio* comme sanction du *furtum manifestum*. Remarquons que le premier auteur qui mentionne certainement cette *pœna* est Mas. Sabinus.

7

Parmi les nombreuses étymologies que Varron a accumulées dans son *De lingua latina*, nous devons relever, comme touchant à la matière du *furtum*, celle du péculat :

Pecus ab eo quod « [per]pascebant »... Hinc peculatum publicum primo ut cum pecore diceretur multa et id esse< t > coactum in publicum, si erat aversum[1].

On a restitué ce texte corrompu de bien des façons. On peut lire, avec Vertranius : *Hinc peculatum publicum furtum cum pecore diceretur multa...* ; avec O. Müller : *Hinc peculatum publicum primo, tum cum pecore diceretur multa...* ; avec Huschke[2] : *Hinc peculatum publicum primitus cum pecore diceretur multa...* ; avec Spengel : *Hinc peculatum publicum cum primum pecore diceretur multa...* ; avec Götz et Scholl : *Hinc peculatum publicum primo furtum cum pecore diceretur multa*[3]...

Au temps où les amendes se payaient non en argent, mais en têtes de bétail, la masse des *pecora multaticia* formait le troupeau public. On nommait péculat le crime consistant à détourner (*avertere*[4]) des bêtes de ce troupeau.

[1] Varro, *L. L.*, V, 19, 95 (Éd. Spengel, 1885, p. 39 ; éd. Götz et Scholl, 1909, pp. 29-30).

[2] Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1874, p. 114, note.

[3] Sur ces restitutions, voy. notamment les éditions de Müller (1833), Spengel (1885), Götz et Scholl (1909).

[4] *Avertere* semble avoir été, avant la loi Julia, le terme technique désignant le

Le texte est beaucoup trop mutilé pour que nous en tirions immédiatement des conclusions intéressant l'histoire du *furtum*. On n'y introduit le mot *furtum* lui-même que par voie de restitution conjecturale, en s'autorisant de plusieurs définitions de Festus, qui, sous les surcharges dues à Verrius Flaccus, renferment, pense-t-on, un noyau de *Varroniana* [1].

Festus :

Peculatus est nunc quidem qualecumque publicum furtum, sed inductum est a « pecore », ut pecunia quoque ipsa [2]...

Peculatus furtum publicum dici coeptus est a « pecore », quia ab eo initium eius fraudis esse coepit, siquidem ante aes aut argentum signatum ob delicta poena gravissima erat duarum ovium et XXX bovum [3]...

Malgré les éclaircissements que ce rapprochement nous apporte,

fait constitutif du péculat. Voy. p. ex. Cic., *In Verr.*, Actio II[a], 1, 4, 11 : Probemus istum in quaestura pecuniam publicam Cn. Carboni consuli datam avertisse, 1, 13, 34 : Aversa pecunia publica; 3, 70, 164 : Hanc pecuniam tantam, datam tibi ex aerario inopi atque exhausto... abs te sic laceratam esse dico, ut possim illud probare, si velim, omnem te hanc pecuniam domum tuam avertisse; 4, 23, 53 : Avertere aliquid de publico quam obscurissime per magistratum solebant; 4, 73, 171 : Pecunias, quas civitatibus distribuere debeat, eas omnes avertat atque auferat; 4, 76, 177 : A Dolabella magnam pecuniam avertit; 5, 58, 152 : Verres,... ille aversor pecuniae publicae; *Philipp.*, 5, 4, 11 : Dissipatio pecuniae publicae... per quam sestertium septiens miliens falsis perscriptionibus donationibusque avertit; Liv., 33, 47, 1 : Quantum peculatus averteret. — Mais *avertere* est aussi un des termes techniques désignant le fait constitutif du *crimen repetundarum* (au moins dans la loi *Acilia repetundarum*, l. 3 : (quod) ablatum captum coactum conciliatum aversumve siet). Cf. de nombreux passages des *Verrines*, p. ex. Act. II[a], 2, 59, 143; 144; 3, 60, 137, où le mot *avertere* s'entend d'exactions. Il est fort possible qu'au temps de Cicéron le péculat commis aux dépens des villes tombât sous le coup des *leges repetundarum*. — Pour l'emploi de l'expression *(res) abesse* (p. ex. dans Val. Max., V, 3, 2), voy. Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio*, I, Heidelberg, 1913, pp. 33-34, n. 2.

[1] En ce sens, Funaioli, p. 230; Willers (Henr.), *De Verrio Flacco glossarum interprete disputatio critica*, Diss. Halle, 1898, pp. 22 et sqq.; cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 734, 2 *(Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 35, 3). Voy. aussi Goetz, *Corp. gloss. latin*, Index, V[is] *Depeculatio; Depeculassere; Depeculator, Depeculatus* (VI, p. 324); *Peculatio; Peculator; Peculatus* (VII, p. 59).

[2] Festus, éd. Mueller, p. 213; éd. Thewrewk de Ponor, p. 260.

[3] Festus, éd. M., p. 237; éd. Th., p. 300. Cf. V° *Ovibus* (Ed. M., p. 202, éd. Th., p. 242) : Posteaquam aere signato uti civitas coepit, pecoraque multaticia incuria corrumpebantur, unde etiam peculatus crimen usurpari coeptum est...; et Paul. Diac., V° *Depeculatus* (Ed. M., p. 75; éd. Th., p. 53) : Depeculatus a pecore dicitur; qui enim populum fraudat, peculatus pœna tenetur.

le passage de Varron reste fort obscur. Nous ne pouvons décider s'il définissait le péculat comme ayant été toujours et exclusivement un *furtum publicum*. A s'en tenir à la lettre du texte, il semble parler d'un *peculatus publicus*[1], ce qui suppose qu'il existe un *peculatus privatus* : cela autoriserait la conjecture, jadis émise par Rein[2], d'après laquelle le péculat aurait été originairement le seul vol (privé ou public) sanctionné par le droit. Mais l'étymologie aetiologique de Varron manque peut-être elle-même de bases. Bornons nous donc à marquer ici sa place, sans en tirer de conclusions prématurées.

8

Dans ses *Rerum rusticarum lib. III*, Varron donne aux agriculteurs qui veulent faire des ventes ou des achats les conseils les plus minutieux. Il ne manque pas, à l'exemple de Caton, mais avec plus de détails, et dans une langue juridique déjà plus ferme et plus précise, d'indiquer les clauses à insérer dans les contrats usuels. C'est ainsi qu'à propos des ventes d'esclaves il note :

In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum[3].

L'acheteur stipule donc ordinairement du vendeur que l'esclave est sain, et n'a commis ni vol, ni dommage exposant son maître à une action noxale[4].

[1] En ce sens, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 734, 2 ; p. 764, 1 (*Dr. pén. rom.*, tr. Duquesne, III, p. 35, 3 ; p. 70, 4). Cf. Liv., 33, 47.3 : quos paverat per aliquot annos publicus peculatus. A première vue, on pourrait supposer aussi que Caton appelle *fures publici* les auteurs de péculats (Gell., XI, 18, 18 : Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpura). Mais le contexte prouve que *publici* est un génitif. Le *fur publici* s'oppose au *fur privati furti*. Un manuscrit d'Aul. Gell. (le manuscrit de Leyde lat. F. 112) donne même la leçon *fur publice*, et Boot (*Ad A. Gellii noctes Atticas*, *Mnemosyne*, XV, 1887, p. 283) s'est appuyé sur cette leçon pour proposer de lire ici *fures rei publicae*.

[2] Rein, *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, 1844, p. 673.

[3] Varro, *R. r.*, II, 10, 5 (Ed. Keil, p. 256).

[4] Sur l'action *furti* noxale, voy. *supra*, pp. 96-102. *Adde*, pour le début du VIIIe siècle (c'est-à-dire pour une époque sensiblement contemporaine de celle où Varron écrivait ses *Rerum rusticarum libri III*, soit 717 U. C. = 37 a. Chr. Schanz, *G. d. röm. Litt.*, I, 2^2, p. 445), les premières lignes du *Fragment d'Este* (entre 705 et 712 U. C.) (Girard, *Textes*[4], p. 79, ll. 3-4) : quod furti, quod ad hominem liberum liberamve pertinere deicatur, aut iniuriarum agat...

Nous trouvons là l'une des premières mentions[1] de cette clause de garantie si fréquemment insérée dans les formulaires postérieurs. Elle est sensiblement contemporaine[2] d'une autre mention du même genre contenue dans le *De officiis* de Cicéron :

Etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, is praestat edicto edilium[3].

Comme on le voit, Cicéron parle de la stipulation imposée par les édiles curules. Varron ne parlait que d'une stipulation de style (: solet... stipulatio intercedere), sans mentionner qu'elle fût obligatoire. Aussi les termes rapportés par Varron ne suivent-ils pas nécessairement ceux de la stipulation proposée par les édiles[4]. Nous ne croyons pas davantage qu'on puisse reconstituer, à l'aide des actes concrets contenus dans la collection des Triptyques de Transylvanie, la teneur de la stipulation édilicienne : nous avons déjà insisté sur cette question de méthode[5]. Peut-être la stipulation édilicienne ne contenait-elle pas le mot *furtum*[6]. En tout cas l'édit ne le contient pas. D'après Ulpien[7], l'édit débute en effet par les mots :

Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxaque solutus non sit...

Or, dans la pratique, la promesse faite embrasse certainement le cas de vol[8]. Doit-on conclure de là que le sens du mot *noxa* n'était pas le même chez les jurisconsultes classiques et chez Varron? Le

[1] Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1876-1884, I, pp. 392 et sqq. Mais il n'est pas sûr, quoi que prétende Bechmann, que cette clause se rattache au formulaire de Manilius.

[2] Les deux mentions ne sont séparées que par un intervalle maximum de sept années. Le *De officiis* de Cicéron a été écrit vers 710-711 (= 44-43) : les deux premiers livres en étaient achevés en novembre 710 (Cic., *Ep. ad. Att.*, XV, 13, 6 et XVI, 14, 4). Le *De re rustica* de Varron a été terminé en 717 (= 37).

[3] Cic., *De off.*, III, 17, 71.

[4] Cf. Lenel, *Edit*, II, p. 318, n. 10; *Edictum*², p. 541, 7.

[5] *Supra*, p. 12.

[6] En ce sens, Paul., *l. VI Respons. Dig.*, 21, 2, fr. 11 : Ex his verbis stipulationis duplae vel simplae : « eum hominem quo de agitur noxa esse solutum » venditorem conveniri non posse propter eas noxas, quae publice coerceri solent.

[7] Ulpian., *l. I ad ed. ed. curul. Dig.*, 21, 1, fr. 1, 1.

[8] Voy. p. ex. Pomponius, *l. XVIII ad Sab. Dig.*, 21, 1, fr. 46; Paul., *l. X ad Sab. Dig.*, 21, 2, fr, 3.

furtum était-il, au VIIe siècle, un délit distinct de ceux qui sont compris sous la désignation de *noxa*? Mommsen le croit[1]; le *furtum* n'aurait fini par être considéré comme une espèce de *noxa* que parce que l'action *furti* se donnait *noxaliter*. Les textes ne sont guère favorables à cette manière de voir[2].

Enfin la stipulation édilicienne ne prévoit que des infractions concrètes et passées : par exemple les vols antérieurement commis par l'esclave que l'on vend. Mais elle ne s'applique pas encore à des défauts abstraits, sans spécification précise, et seulement susceptibles de causer des désagréments ultérieurs : les édiles n'exigent point qu'on déclare, notamment, que l'esclave vendu est enclin à voler. Mais la loi morale est peut-être plus exigeante en cette matière que la loi positive. C'est un cas de conscience délicat, fort agité par les philosophes, nous dit encore Cicéron dans le *De officiis*[3], que de savoir si l'on doit en conscience déclarer les tares qu'on pourrait dissimuler impunément.

« In mancipio vendundo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum? » Alteri dicenda videntur, alteri non videntur.

Ainsi les quelques témoignages que nous ont livrés les restes de l'œuvre de Varron[4] suffisent à attester l'intérêt que cette œuvre présentait pour l'historien du très ancien *furtum*. De toutes les sources sur la matière qui ont disparu, ce sont les *Libri iuris civilis* de Varron — avec le *De furtis* de Sabinus, et peut-être même avant lui, — qu'il importerait le plus de retrouver.

[1] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 9, 1 (*Dr. pén. rom.*, tr. Duquesne, I, p. 8, 1).

[2] Le formulaire de Varron peut mentionner le *furtum* à côté de la *noxa* sans que cela implique que le *furtum* ne rentre pas dans la *noxa* : les répétitions, les redondances sont de règle dans les formules d'actes juridiques. Quant aux témoignages des grammairiens sur le sens primitif de *noxa* (*Supra*, pp. 98-100), ils établissent que ce sens était aussi large que vague.

[3] Cic., *De off.*, III, 23, 91.

[4] Transcrivons encore ici deux autres textes de Varron, *R. r.*, I, 13, 2 : Haec enim si intra clausum in consaepto et sub dio, furem modo non metuunt, adversus tempestatem nocentem non resistunt...; I, 22, 6 : Quae enim res cotidie videntur, minus metuunt furem. Ces textes sont insignifiants. Quant aux témoignages du *De lingua latina* sur le sens et l'origine de certains mots, tels que *clepsere* (*clepere*), *latrones*, etc. (*L. L.*, VII, 94; VII, 52, etc.), nous n'avons pas à les rapporter ici, puisqu'ils ne contiennent pas les mots *fur* ou *furtum* (*Supra*, p. 11).

9

Dans l'œuvre si abondante et si diverse de M. Tullius Cicero (né en 648 U. C. = 106, mort en 711 = 43), nous ne trouvons pas d'exposé systématique touchant au *furtum*. Peut-être serions-nous plus heureux si nous possédions le traité qu'il avait écrit *De iure civili in artem redigendo*[1], ou le plaidoyer qu'il avait composé pour défendre Q. Mucius Orestinus accusé de vol[2]. Quoi qu'il en soit, nous rencontrons tout au moins, dans ce qui nous reste de ses discours, de ses traités philosophiques et rhétoriques, et de ses lettres, des allusions assez fréquentes susceptibles de nous renseigner sur le *furtum*. Nous en avons déjà réuni un certain nombre, qui sont parmi les plus importantes. Nous venons de citer deux passages du *De officiis* relatifs à la déclaration, lors de la vente d'un esclave, des vols que cet esclave a pu commettre; on se rappelle aussi que nous devons à Cicéron d'utiles informations sur la répression du vol de jour à main armée et du vol de nuit[3]; sur l'action de vol donnée au pupille contre le tuteur infidèle[4]; sur la portée et les origines de la loi Atinia[5]; sur le vol de choses héréditaires commis avant l'adition d'hérédité (?)[6]; enfin sur la teneur des paroles prononcées *in iure*, au temps des actions de la loi, par le volé qui intente l'action *furti*[7]. Ce qui nous reste à recueillir maintenant est de moindre portée.

Dans l'*actio pro A. Cluentio Habito*, prononcée en 688 = 66[8], Cicéron raconte une curieuse histoire de cambriolage et de meurtre, liée de près à la cause qu'il plaidait. On sait qu'il défendait A. Cluentius Habitus, accusé par sa mère, Sassia, d'avoir empoi-

[1] Sur ce traité, voy. surtout Dirksen, *Ueber Cicero's untergegangene Schrift : De iure civili in artem redigendo. Hinterlassene Schriften*, I, pp. 1-20; Bremer, I, pp. 129-130; Schanz, I, 2³, p. 490.

[2] Cic., Fragment de l'*Oratio in toga candida* (Ed. Orelli, Baiter et Halm, IV p. 941, 27).

[3] Cic., *Pro Mil.*, 3, 9; *Pro Tull.*, 47-52. *Supra*, pp. 26 et sqq.

[4] Cic., *De orat.*, I, 36, 166-167. *Supra*, pp. 79-81.

[5] Cic., *In Verr.*, II, 1, 42, 109; *Phil.*, III, 6, 16. *Supra*, pp. 262; 264 et sqq.

[6] Cic., *Ep. ad famil.*, VII, 22.

[7] Cic., *De natura deorum*, III, 30, 74.

[8] Drumann, *Geschichte Rom's*, V, pp. 360-374.

sonné Statius Albius Oppianicus, son beau-père. Sassia soupçonnait un de ses esclaves, nommé Straton, d'avoir trempé dans l'affaire; elle l'avait déjà fait mettre à la torture devant témoins, sans en rien pouvoir tirer. Un événement survint qui fortifia ses soupçons[1] :

179. Hoc ipso fere tempore Strato ille medicus domi furtum fecit et caedem eius modi. Cum esset in aedibus armarium, in quo sciret esse nummorum aliquantum et auri, noctu duos conservos dormientes occidit in piscinamque deiecit : ipse armarii fundum exsecuit et HS... et auri quinque pondo abstulit, uno ex servis puero non grandi conscio. 180. Furto postridie cognito omnis suspicio in eos servos, qui non comparebant, commovebatur. Cum exsectio illa fundi in armario animadverteretur, quaerebant homines, quonam modo fieri potuisset[2]. Quidam ex amicis Sassiae recordatus est, se nuper in auctione quadam vidisse in rebus minutis aduncam, ex omni parte dentatam et tortuosam[3], venire serrulam, qua illud potuisse ita circumsecari videretur. Ne multa : perquiritur a coactoribus : invenitur ea serrula ad Stratonem pervenisse. Hoc initio suspicionis orto et aperte insimulato Stratone, puer ille conscius pertimuit ; rem omnem dominae indicavit : homines in piscina inventi sunt : Strato in vincula coniectus est, atque etiam in taberna eius nummi, nequaquam omnes, reperiuntur.

Ainsi Straton avait commis un double meurtre suivi de vol avec effraction. Une instruction privée, ouverte dans la maison de Sassia avec le concours de personnes amies ayant révélé sa culpabilité, il avait été mis aux fers. Une *quaestio de furto* s'ouvre alors :

181. Constituitur quaestio de furto. Nam quid quisquam suspicari aliud potest? An hoc dicitis, armario expilato, pecunia ablata, non omni recuperata, occisis hominibus, institutam esse quaestionem de morte Oppianici? Cui probatis? Quid est quod minus veri simile proferre potuistis?

[1] Cic., *Pro Cluent.*, 64, 179-181; 65, 182-185; 66, 185-187.

[2] Cf. ce passage dans l'édition Clark (*M. Tulli Ciceronis Orationes*, Oxonii s. d.) : Cum exsectio illa fundi in armario animadverteretur, homines quonam modo fieri potuisset **requirebant**.

[3] Il s'agit d'une petite scie circulaire, sans doute analogue à celles qui servaient pour pratiquer l'opération du trépan : remarquons d'ailleurs que l'esclave Straton était médecin. — Cette note était écrite quand nous avons eu connaissance de l'article de Desrabins, *Cicero, Pro Cluentio § 180* (*The Classical review*, XXVI, 1912, 2, pp. 47-48), qui conclut dans le même sens.

Cette *quaestio* soulève quelques difficultés. Il paraît très peu probable[1] qu'il s'agisse là d'une *quaestio* régulière, sous la présidence d'un magistrat, analogue aux *quaestiones* établies par la loi Calpurnia pour le *crimen repetundarum*, ou par la loi Cornelia pour le *crimen inter sicarios*. L'idée d'une *quaestio* régulière se trouve exclue, non parce que l'auteur du crime est un esclave (car Cicéron nous apprend, dans ce même plaidoyer, que la *quaestio* de la loi Cornelia s'applique même aux esclaves)[2], mais parce que nous savons qu'il n'existe, ni dans la législation criminelle de Sulla, en vigueur au temps où fut composé le *Pro Cluentio*, ni même dans la législation postérieure, aucune trace d'une semblable *quaestio* fonctionnant pour le cas de vol[3]. La *quaestio* dont il s'agit n'est point, d'ailleurs, la *quaestio* du *crimen inter sicarios*, bien qu'un double meurtre ait été commis : car les victimes sont elles-mêmes des esclaves[4]; Cicéron précise, et à plusieurs reprises, que la *quaestio* porte sur le *furtum*. Nous croyons donc que cette *quaestio* a un caractère purement domestique. C'est peut-être même ce qui explique les irrégularités que Cicéron lui reproche. L'orateur s'indigne en effet de ce que Sassia, dans une *quaestio de furto* dont l'objet était précis et limité, eût cherché surtout des moyens de convaincre Cluentius d'avoir empoisonné, trois ans plus tôt, Oppianicus, et de renouveler une accusation dont la première enquête avait fait justice[5] :

182... Quid? Romae quaesitum de istis hominibus non erat? Itane tandem mulier iam non morbo, sed scelere furiosa, cum quaestionem habuisses Romae, cum de T. Annii, L. Rutilii, P. Saturii, ceterorum honestissimorum virorum sententia constitutum esset, satis quaesitum videri, eadem de re triennio post, isdem de homi-

[1] Voy. pourtant Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 413, 1 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, II, p. 90).

[2] Cic., *Pro Cluentio*, 54, 148 : Omnes viri mulieres liberi servi in iudicium vocantur. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 200 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, I, p. 232).

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 203-204; cf. pp. 773 et sqq. (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, I, pp. 235-237; cf. III, pp. 81 et sqq.).

[4] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 616 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, II, p. 329).

[5] 181 : constituitur quaestio de furto; 183 : cum haberetur de furto quaestio...; cum de furto quaereretur...; 184 : quaestio de furto est; 185 : cum igitur de furto quaereretur...; de furto... ne in extrema... parte quaestionis verbum fecit ullum.

nibus, nullo adhibito non dicam viro, ne colonum forte adfuisse dicatis[1], sed bono viro, in filii caput quaestionem habere conata es.

Ainsi, à la différence de la première *quaestio* occasionnée par la mort d'Oppianicus, et à laquelle, bien qu'elle n'eût qu'un caractère privé et domestique[2], avaient assisté, selon l'usage, des hommes honorables, la seconde *quaestio* a manqué des garanties les plus élémentaires; elle s'est accomplie presque sans témoins. Aussi quel fond peut-on faire sur les procès-verbaux des interrogatoires de Straton? Par une anomalie singulière, ces interrogatoires, qui devaient rouler sur une accusation de vol, ne s'occupent que de la mort d'Oppianicus.

183. An hoc dicitis..., cum haberetur de furto quaestio, Stratonem aliquid de veneno esse confessum?... Utrum furtum factum non est? At nihil clarius Larini <fuit>. An ad Stratonem suspicio non pertinuit? At is et ex serrula insimulatus et a puero conscio est indicatus. An id actum non est in quaerendo? Quae fuit igitur alia causa quaerendi? An id, quod vobis dicendum est et quod tum Sassia

[1] Allusion à l'amant de Sassia, dont Cicéron avait parlé plus haut (*Pro Cluent.*, 62, 175).

[2] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 919, 3 (*Dr. pén. romain*, tr. Duquesne, III, p. 255, 4). Il faut rapprocher les données que fournit Cicéron sur la répression domestique du vol commis par un esclave, des données que nous avons recueillies dans le théâtre de Plaute (*Supra*, p. 201). — Nous ne possédons pas d'informations du même genre sur la répression domestique du vol commis par un *filiusfamilias*. Le seul témoignage qui existe, à notre connaissance, sur la matière, mérite peu de créance. C'est un passage d'Orose, *Historiarum adversus paganos libri VII* (IV, 13, 18), ainsi conçu : Emergit hic paululum antiquus ille Romanorum improbae laudis etiam de parricidiis appetitus. Nam Fabius Censorius Fabium Buteonem, filium suum, furti insimulatum interfecit : dignum scilicet facinus, quod pater vel parricidio plectendum duceret, quod ne leges quidem nisi multa pecuniae aut summum exilii circa quemlibet hominum censuerunt. La mise à mort pour cause de vol de Fabius Buteo par son père (M. Fabius Buteo, cos. 509 U. C., cens. 513, dictat. 538 aurait eu lieu au commencement du ve siècle U. C., vers 534 = 220. Münzer, V° *Fabius*, dans la *Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa, VI, c. 1760). Les *leges* auxquelles Orose fait allusion seraient donc les préceptes des Douze Tables, au sujet desquels il se trompe lourdement. Comme nous connaissons d'ailleurs sa manière ordinaire d'accommoder les sources (Cornu, *Contribution à l'étude de la patria potestas*, *N^lle Rev. Hist.*, XXI, 1897, pp. 456-457; Teuffel-Kroll-Skutsch, *Gesch. der römischen Literatur*, III, pp. 407-408), nous sommes fondés à tenir toute l'anecdote pour suspecte. Si, comme le pense Zangemeister dans son édition d'Orose (*Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum*, t. V, Vindobonae, 1882, p. 253), notre auteur a suivi ici Tite Live (l. XX), il a certainement déformé l'information que sa source lui fournissait.

dictitavit, cum de furto quaereretur, tum Stratonem isdem in tormentis dixisse de veneno? 184. En hoc illud est, quod ante dixi : mulier abundat audacia, consilio et ratione deficitur. Nam tabellae quaestionis plures proferuntur, quae recitatae vobisque editae sunt, illae ipsae, quas tum obsignatas esse dixit, in quibus tabellis de furto nulla littera invenitur. Non venit in mentem, primum orationem Stratonis conscribere de furto, post aliquod dictum adiungere de veneno, quod non percontatione quaesitum, sed per dolorem expressum videretur. Quaestio de furto est, veneni iam suspicio superiore quaestione sublata... 185. Cum igitur de furto quaereretur et eo furto, quod ille sine controversia fecerat, tum ille de eo, quod quaerebatur, verbum nullum fecit? de veneno statim dixit? de furto si non eo loco, quo debuit, ne in extrema quidem aut media aut aliqua denique parte quaestionis verbum fecit ullum?

On ne peut plus espérer, d'ailleurs, tirer quelque éclaircissement de Straton, qui est mort sur la croix :

187. Nam Stratonem quidem, iudices, in crucem esse actum exsecta scitote lingua : quod nemo Larinatium est qui nesciat.

Ce mode d'exécution n'a rien de spécial au délit de vol. La croix est le supplice servile par excellence, que l'esclave soit condamné par la justice domestique ou par la justice publique.

10

Ainsi le témoignage du *Pro Cluentio* ne se réfère pas à une *quaestio* publique pour vol. On pourrait être tenté de voir une *quaestio* de ce genre dans une autre série de textes relatifs au *crimen pecuniarum repetundarum*. Cicéron se sert en effet très souvent, notamment dans les Verrines, du mot *furtum* pour désigner des cas de *repetundae*[1].

Le *crimen repetundarum*, on le sait, est le délit commis par le magistrat qui, à la faveur de l'autorité que lui assurent ses fonctions, se fait remettre de l'argent par les personnes privées qui dépendent de lui. C'est pour réprimer ces exactions que la loi Calpurnia (605 = 149) avait établi la première *quaestio perpetua*. La loi Calpurnia avait successivement été modifiée par une loi Junia

[1] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 707, 1 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III p. 3, 2).

de date incertaine, une loi Acilia (631-632 = 123-122[1]), une loi Servilia (rendue peu avant 643 = 111), enfin une loi Cornelia, due au dictateur Cornelius Sulla (673 = 81[2]), la dernière en date au moment où furent composées les Verrines (684 = 70[3]). Mais nous n'avons eu jusqu'ici à recueillir aucun des textes relatifs aux *repetundae*, car aucun d'eux n'emploie le mot *furtum*. Ils usent d'expressions techniques très différentes : *pecuniam auferre*, *capere*, *accipere*, *cogere*, *conciliare*, *avertere*, *exigere*[4]. Il est certain que les *repetundae* ne rentrent pas dans le *furtum*[5].

Mais il est non moins certain que Cicéron applique couramment le mot *furtum* aux exactions tombant sous le coup des *leges repetundarum*. Le plus souvent, l'orateur reproche aux magistrats concussionnaires leurs *furta*, ou leur inflige l'épithète de *fures*, sans préciser davantage le caractère des exactions dont il entend parler. Il accole fréquemment alors l'imputation de *furtum* à d'autres imputations également vagues (*flagitium*, *scelus*, *praeda*, *rapina*[6], etc.). Il nous suffira de renvoyer, en ce sens, aux textes suivants :

Divinatio in Caecilium : 2, 6.

10, 30 (*crimen... furtum, iniuria*).

[1] Girard, *Textes*[1], pp. 32-45. Strachan-Davidson, *Problems of the roman criminal law*, Oxford, 1912, pp. 5 et sqq.

[2] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 708 et sqq. (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 5 et sqq.). Voy. aussi Girard, *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, R. A., XXXIV (1913), p. 301, 1.

[3] Schanz, *Gesch. der röm. Litt.*, I, 2[3], p. 238.

[4] Sur cette terminologie, voy. Mommsen, *Rom. Strafrecht*, p. 714, 1 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 11, 4). *Adde* Cic., *De fin.*, I, 7, 24; Val. Max., 5, 8, 3; Gell., *N. A.*, XV, 14, 3; *Loi Acilia*, l. 3 et 52.

[5] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 202, 1; p. 716 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, I, p. 235, 1, et III, p. 14).

[6] De même aussi Cic., *In Vatin.*, 5, 13 : flagitia et furta (il s'agit d'exactions); *In Pisonem*, 16, 38 : nondum commemoro rapinas, nondum exactas pecunias, non captas, non imperatas, non neces sociorum,... : mox, si videbitur, ut cum fure, ut cum sacrilego, ut cum sicario, disputabo. Sans doute aussi *Ad fam.*, 9, 21, *in fine* : M. (Carbo),.. condemnatus, fur magnus, ex Sicilia; *Ad Att.*, 6, 2, 5 : Mira erant in civitatibus ipsorum furta Graecorum quae magistratus sui fecerant; *De domo sua*, 35, 93 : furta, largitiones, libidines...; *De Offic.*, III, 8, 36 : furta, peculatus, expilationes direptionesque sociorum et civium... De même Auctor ad Herenn., IV, 27, 37 (Exemple de prétérition) : Non dico te ab socis pecunias cepisse, non sum in eo occupatus, quod civitates, regna, domos omnium depeculatus es; furta, rapinas omnes tuas omitto; Asinius Pollio (dans Cic., *Ep. ad fam.*, 10, 32, 2) : furta et rapinae.

10, 32 *(furta et iniuriae).*
10, 33 *(magis occulta furta).*

In Verr. Actio Iª :

3, 7 *(furta, flagitia).*

In Verr. Actio IIª :

1, 8, 21 *(scelera, furta, flagitia).*
1, 12, 34 *(furtum, scelus).*
1, 15, 41 *(furta et flagitia).*
1, 16, 43 *(furtum et scelus).*
1, 21, 57.
1, 22, 58.
1, 22, 60 *(quae rapuit et furatus est).*
1, 38, 97 *(furta et flagitia;... furati sunt).*
1, 49, 129 *(furtum... et latrocinium).*
1, 59, 154 *(testis furtorum tuorum).*
2, 1, 2 *(furta ac flagitia).*
2, 7, 18 *(genera furandi).*
2, 20, 48 *(furtum manifestum).*
2, 21, 51 *(furta, iniuriae).*
2, 23, 57.
2, 24, 58.
2, 46, 114 *(furta ac flagitia).*
2, 54, 134 *(genera furandi).*
2, 70, 171.
2, 75, 185 *(furta praetoris).*
2, 77, 189 *(furta, flagitium).*
3, 2, 4 *(furem ac rapacem accusaris).*
3, 14, 35.
3, 16, 42 *(societas furtorum tuorum).*
3, 26, 64 *(furta, rapinae...; tanta furta, tanta audacia).*
3, 37, 84 *(furta et flagitia).*
3, 45, 107.
3, 46, 111.
3, 64, 151 *(furta et flagitia).*
3, 66, 155 *(consors in lucris et furtis).*
3, 69, 161 *(in furis atque divisoris disciplina educatus).*
3, 73, 171.
3, 74, 172.

3, 98, 228 *(furta rapinaeque).*
4, 3, 6.
4, 8, 17 *(praedae et furta).*
4, 10, 23.
4, 13, 30 *(praedae et furta).*
4, 15, 33.
4, 16, 35.
4, 17, 38 *(furta et damna).*
4, 24, 53.
4, 27, 60.
4, 38, 83 *(furta atque flagitia).*
4, 43, 93 *(scelus furtumque).*
4, 44, 97 *(furta et scelera).*
4, 61, 136 *(praedae ac furtorum societas).*
4, 62, 139 *(socios furtorum, conscios flagitiorum).*
4, 66, 149.
4, 67, 150 *(furtorum ac praedarum receptrix).*
5, 1, 1 *(omne genus furandi atque praedandi).*
5, 1, 4 *(fur,... sacrilegus, flagitiorum... princeps).*
5, 5, 10 *(furtum aut praeda...; furandi locus).*
5, 5, 11 *(furari praedarique).*
5, 13, 32 *(furta, rapinae, cupiditas).*
5, 17, 44.
5, 18, 46.
5, 23, 59.
5, 46, 115.
5, 46, 121 *(furta et flagitia).*
5, 49, 128.
5, 62, 160 *(furtorum receptrix, flagitiorum conscia).*

D'autres fois l'orateur semble appliquer le mot *furtum* à des exactions mieux définies. « C'est un *furtum*, d'après lui, que d'avoir exigé des sociétés de publicains un intérêt qu'elles ne devaient pas, et qui était d'ailleurs supérieur au taux légal; c'en est un autre que de n'avoir pas payé aux villes le prix du blé qu'elles fournissaient; c'en est un troisième que d'avoir payé à quelques-unes moins qu'il ne leur était dû[1] » :

[1] Nous empruntons ces expressions à Desjardins, *Traité du vol*, p. 343.

II[a], 3, 60, 137.
3, 70, 163 *(maximo atque impudentissimo furto).*
3, 70, 165 :

In hac pecunia publica, iudices, haec insunt tria genera furtorum : primum cum posita esset pecunia apud eas societates, unde erat attributa, binis centesimis feneratus est : deinde permultis civitatibus pro frumento nihil solvit omnino : postremo, si cui civitati solvit, tantum detraxit, quantum commodum fuit, nulli, quod debitum est, reddidit.

C'est encore un *furtum* que d'avoir exporté des objets de valeur sans acquitter les droits de sortie aux fermiers du *portorium*, ou que d'avoir imposé aux contribuables des redevances illégales :

II[a], 2, 72, 177.
2, 73, 180.
2, 75, 184.

Jamais, dans aucun des textes que nous avons rencontrés jusqu'ici[1], aucun de ces faits n'avait été désigné du nom de *furtum*[2]; mais la

[1] Le texte précité de Caton (*supra*, p. 439, n. 1) ne parle pas, remarquons-le, de *furtum* tout court, mais de *furtum publici*.

[2] Remarquons que Cicéron ne prononce même pas le mot *furtum* à propos de l'enlèvement de l'Hermès de Tyndare *(In Verr.*, II, 4, 41, 88) : Unum hoc crimen videtur esse et a me pro uno ponitur, de Mercurio Tyndaritano : plura sunt; sed ea quo pacto distinguere ac separare possim, nescio. Est pecuniarum captarum, quod signum ab sociis pecuniae magnae sustulit : est peculatus, quod publicum populi romani signum, de praeda hostium captum, positum imperatoris nostri nomine, non dubitavit auferre : est maiestatis, quod imperii nostri, gloriae, rerum gestarum monumenta evertere atque asportare ausus est : est sceleris, quod religiones maximas violavit : est crudelitatis, quod innocentem in hominem, in socium vestrum atque amicum novum et singulare supplicii genus excogitavit. Mommsen regarde pourtant ce fait comme une « Aneignung fremden Gutes, die den Thatbestand des Diebstahls in sich schliesst » *(Röm. Strafrecht*, p. 716, 5). En réalité, parmi les statues enlevées par Verrès, un certain nombre avaient été enlevées à des temples ou à des cités : l'acte commis rentrait plutôt alors dans le *sacrilegium* ou le péculat *(infra*, pp. 452 et sqq.). D'autres avaient été enlevées à des étrangers : l'acte commis n'était pas un *furtum*. D'autres enfin, soustraites à des citoyens, pouvaient être regardées comme volées. Mais ces dernières étaient peu nombreuses. Cicéron prétend bien (Act II[a], 4, 1, 2) que Verrès n'avait pas épargné les citoyens, et n'avait laissé « nihil in aedibus cuiusquam, ne in oppidis quidem; nihil in locis communibus, ne in fanis quidem; nihil apud Siculum, nihil apud civem romanum. » Mais, en fait, les citoyens romains ainsi dépouillés paraissent avoir été assez rares. « Que de fois d'ailleurs le propriétaire d'un objet d'art n'était-il pas réduit par la crainte à donner une apparence de consentement, à vendre à vil prix! » Desjardins, p. 343.

façon de parler de Cicéron s'explique par le caractère des œuvres où il l'emploie. Ce sont des œuvres oratoires, de caractère plus politique que judiciaire, qui obéissent beaucoup moins au souci de développer des accusations en langage technique[1] qu'au désir de remuer l'opinion publique et de la soulever contre l'accusé. L'*actio secunda* des Verrines, d'où proviennent la plupart des passages qui désignent du mot de *furtum* les exactions d'un magistrat, n'a même jamais été prononcée en public[2] : c'est de l'éloquence de cabinet. L'avocat qui compose un plaidoyer après avoir gagné son procès ne risque rien à prendre les mots dans un sens approximatif, et il peut y gagner des effets faciles[3].

II

La terminologie employée par Cicéron pose la question de savoir comment se différencient, chez cet auteur, le *furtum*, le *sacrilegium* et le *peculatus* : question qui n'est peut-être pas susceptible d'être

[1] Sur le danger que présente, pour l'orateur, l'emploi de notions techniques, rigoureusement définies, voy. Cic., *De oratore*, II, 25, 108-109.

[2] Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2², p. 239.

[3] Dans le même sens, Desjardins, *Traité du vol*, p. 343 : « Le mot *furtum* a (dans les Verrines) un sens oratoire, comme dans cette phrase que nous trouvons plus loin sur le même sujet : Non mihi iam furtum, sed monstrum ac prodigium videbatur » (Cic., *In Verr.*, Act II², 3, 73, 171). De même Costa, *Cicerone giureconsulto*, p. 148, 2. Mommsen remarque (*Röm. Strafrecht*, pp. 707, 1; 734, 3. *Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, pp. 3, 2; 36, 1) que les avocats désignent souvent les exactions du nom de vol, « avec raison au point de vue éthique ». — Il n'y a qu'un passage des Verrines qui semble résister à notre interprétation. Il se rapporte à la méchante querelle que Verrès chercha à C. Servilius, chevalier romain, ancien négociant de Palerme. Dans des conversations privées, Servilius avait parlé imprudemment des malversations du préteur : celui-ci le força à conclure avec son licteur un pari (*sponsio*) pour un enjeu inconnu, mais probablement fort élevé, sur la question de savoir « s'il gagnait sa vie par des larcins » :

Cogere eum cœpit, cum ageret nemo, nemo postularet, sponsionem milium nummum facere cum lictore suo, ni furtis quaestum faceret (Cic., *In Verr.*, Act. II², 5, 54, 141).

Le mot *furta*, qui désigne ici des exactions, figure donc dans une formule de pari, n'émanant pas de Cicéron. Nous croyons pourtant que ce fait, loin d'entamer notre interprétation, la confirme. Car Cicéron semble nous dire que Servilius se regardait comme ayant perdu d'avance sa *sponsio*. Ce n'est pas seulement parce qu'on allait renvoyer la question à l'examen d'un jury partial, c'est aussi, croyons-nous, parce que les termes mêmes de la *sponsio* devaient le perdre : sans doute, dans les conversations qu'il avait tenues, Servilius, usant du mot *furtum* dans son sens vulgaire, avait parlé des *vols* (*furta*) du préteur; Verrès avait habilement spéculé

complètement résolue avec les moyens d'information dont nous disposons[1]. Voici les points qui paraissent acquis :

1° Le *sacrilegium*, — vol de choses sacrées[2], — rentre dans le *furtum*. On verra notamment en ce sens :

In Verr., Act. II[a], 1, 21, 57; 1, 22, 58, etc.

De domo sua, 43, 112 : imago a fure sublata.

De divinatione, II, 32, 68 : furum id magis factum quam deorum videtur (: il s'agit de la soustraction d'étoiles d'or placées dans le temple de Castor).

Ep. ad Quintum fratrem, I, 1, 8, 25 : plura et maiora oppidorum et fanorum furta et latrocinia.

sur cette impropriété de terminologie en l'obligeant à parler « *ni furtis quaestum faceret* » : Servilius, n'ayant à alléguer que des exactions, des sacrilèges et des péculats, n'aurait jamais pu faire sa preuve. Sur ce passage, voy. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, p. 46, 1; Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 907, 6 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 212, 4).

[1] Beaucoup de témoignages parlent, par exemple, du péculat, sans qu'on puisse préciser la nature de l'imputation. Ainsi, voy. Cic., *In Verr.*, Act. I[a], 1, 2; 13, 39; Act. II[a], 3, 88, 206; *Pro Flacco*, 18, 43; *Pro Sex. Rosc.*, 29, 82; *Pro Cluent.*, 53, 147; *De off.*, III, 7, 36; III, 18, 73; *De nat. Deor.*, III, 30, 74; *Pro Rabir. perd. reo*, 3, 7; *In Pison.*, 40, 97, etc.

[2] Cf. Goetz, *Corp. gloss. latin.*, V[is] *Sacrilegium* (ἱεροσυλία; — dicitur sacri furtum; legere enim et sublegere furari dicitur); *Sacrilego; Sacrilegus*. Isid., *Orig.*, V, 26, 12 : sacrarum rerum furtum. Peut-être faudrait-il citer ici le témoignage, malheureusement peu clair, que fournit Ovide, dans ses *Fastes* (III, 845-846), sur la *lex consecrationis* du temple de Minerva Capta (Sur ce temple, voy. Wissowa, dans Roscher, *Ausführliches Lexikon der griechischen und römischen Mythologie*, II, 2, c. 2984-2985. L'érection du temple, et, par conséquent, la rédaction de la *lex*, se placeraient entre 513 = 241 et 547 = 207 . Ovide cherche à expliquer le nom de Minerva Capta. La déesse le porte-t-elle parce qu'elle a ordonné que tout vol commis dans son sanctuaire serait puni, quand on le découvrirait, de la peine capitale?

An, quod habet legem, capitis quae pendere pœnas
ex illo iubeat furta reperta loco?

Avec H. Peter (*P. Ovidi Nasonis fastorum libri VI*, Leipzig, 1889, I[2], p. 163, note), nous construisons : *legem quae iubeat furta ex illo loco* (= *delubro Minervae*) *reperta* (= entre les mains du voleur??) *capitis pœnas pendere*. Mais ce n'est guère satisfaisant. Il semblerait plus exact de rattacher *ex illo loco* à *reperta* et de supposer qu'il s'agit d'objets volés déposés dans le temple, et découverts par le volé dans ce lieu. On devrait adopter cette seconde explication si l'on avait des raisons de la justifier au fond. On en a plutôt de justifier la première. Les *leges consecrationis* ont en effet spécifié parfois que les vols commis aux dépens des temples seraient punis, comme sacrilèges, de la *pœna capitis*, et c'est peut-être de là que le précepte a passé dans les *leges publicae*. Voy. p. ex. *lex aediculae*, dans Gruter, *Inscriptiones antiquae*, p. 1016, n. 10 : Si quis furaverit, proinde obligatus erit ac si sacrilegium commiserit. Paul. Diac., éd. M., p. 66; éd. Th., p. 46 : Capitalis lucus, ubi, si quid violatum est, caput violatoris expiatur (ce témoignage est d'autant

Remarquons que, dès le VIIe siècle, les *res sacrae* des municipes paraissent assimilées, au point de vue du sacrilège, aux *res sacrae* de l'Etat romain[1].

2° Le péculat *(peculatus, depeculatus)*, — vol de choses publiques[2], — rentre aussi dans la notion large du *furtum*. On se rappelle que Varron voyait dans le péculat une variété de *furtum*[3], et déjà Caton donnait aux *depeculatores* les noms de *fures publici*[4]. De même Cicéron désigne alternativement ou simultanément des deux noms de *furtum* et de *peculatus* un même fait : le fait d'avoir prêté à intérêt l'argent de l'Etat *(pecuniae publicae feneratio)* :

In Verr., Act. II^a, 3, 70, 165 *(furtum[5])*.

3, 72, 168 :

Testatur litteris tuum impudentissimum furtum certissimumque peculatum : nam quo alio nomine pecuniae publicae feneratio est appellanda ?

3, 76, 177 :

Iste in hoc genere peculatus non nunc primum invenitur.

3° Les *res sacrae* étant des choses publiques, il arrive souvent que le *sacrilegium* est désigné du nom de péculat.

In Verr., Act. I^a, 5, 14 : delubra omnia... depeculatus est[6].

II^a, I, 4, 11; 5, 12 (: Cicéron fait grief à Verrès,

plus important que Verrius Flaccus est la source principale suivie par Ovide dans ses *Fastes*. Schanz, II, 1^2, pp. 313-314). Cf. *Lex a vicanis Furfensibus templo dicta* a. 696 = 58 (*C. I. L.*, IX, p. 333, n° 3513; Bruns-Graden-witz[7], p. 283) : Sei qui hoc sacrum surupuerit, aedilis multatio esto, quanti volet, idque veicus Furfensis) m<a>ioris<or> pars fifeltares sei apsolvere volent sive condemnare, liceto. Paul., *l. singulari de iud. publicis. Dig.*, 48, 13, fr. 11, pr. : Sacrilegi capite puniuntur. Sunt autem sacrilegi qui publica sacra compilaverunt. At qui privata sacra vel aediculas incustoditas temptaverunt, amplius quam fures, minus quam sacrilegi merentur. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 762, 3 (Trad. Duquesne, III, p. 68, 4). Merkel, *P. Ovidii Nasonis Fastorum libri sex*. Berolini, 1841, Proleg., pp. xcvi; cxxi-cxxii.

[1] *Lex municipii Tarentini* (665-692), l. 1 (Girard, *Textes*[2], p. 64). Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 763, 2 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 69).

[2] On trouverait chez Cicéron quelques exemples du mot *depeculari* appliqué à la spoliation d'un homme privé. Voy. p. ex. *In Verr.*, Act. II^a, 4, 17, 37.

[3] *Supra*, p. 437.

[4] Cato, dans Gell., XI, 18, 18 (éd. Jordan, p. 69). *Supra*, p. 439. De même Plutarque nomme [illegible], l'accusation de péculat dirigée en 363 U. C. (= 391 A. C.) contre M. Furius Camillus (*Camill.*, 12).

[5] *Supra*, p. 450.

[6] On trouve aussi la leçon *depopulatus est*.

sous le nom de *peculatus*, du fait d'avoir enlevé aux temples les monuments de M. Marcellus et de P. Scipion l'Africain).

Act. II[a], IV, 41, 88 (: le vol de l'Hermès de Tyndare est un péculat : est peculatus (crimen) quod publicum populi romani signum de praeda hostium captum, positum imperatoris nostri nomine, non dubitavit auferre).

4° Cependant, le *sacrilegium*, le péculat et le *furtum* ne se confondent pas, si on les prend dans leur sens étroitement technique. Ainsi l'on trouve chez Cicéron l'écho de controverses relatives à la délimitation du *furtum* et du *sacrilegium*. Apparemment on n'était pas d'accord sur ce point dans la pratique[1] : c'est pourquoi, à deux reprises, dans le *De inventione*, Cicéron, traitant de l'importance des définitions, prend comme exemple la définition du *sacrilegium*.

De inventione, I, 8, 11 :

In huiusmodi generibus definienda res erit verbis et breviter describenda : ut, si quis sacrum ex privato surripuerit, utrum fur, an sacrilegus sit iudicandus. Nam id cum quaeritur, necesse erit definire utrumque, quid sit fur, quid sacrilegus, et sua descriptione ostendere alio nomine illam rem, de qua agitur, appellari oportere, atque adversarii dicunt.

De inventione, II, 18, 55 :

Iam si res plures erunt definiendae : ut, si quaeratur, Fur sit, an sacrilegus, qui vasa ex privato sacra surripuerit; erit utendum pluribus definitionibus.

Il paraît résulter de ces textes que la soustraction d'une *res sacra* dans un lieu privé rentre parfois, au temps où fut écrit le *De inventione*, dans le *furtum* proprement dit, et non dans le *sacrilegium*[2]. Il y aurait du parti pris à vouloir révoquer ces témoignages

[1] Le passage du *De legibus*, II, 9, 22 (Sacrum sacrove commendatum qui cleperit rapsitve parricida esto) n'équivaut pas, quoi que prétende Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 760, 8 *(Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 66, 6. Voy. aussi Cuq, V° *Sacrilegium* (Daremberg et Saglio, *Dictionn. des Antiquités*, IV, 2, p. 980), à une définition du mot *sacrilegus*, puisque c'est un de ces préceptes que Cicéron a forgés de toutes pièces en pastichant la langue des Douze Tables. Remarquons aussi que le *De inventione* a dû être écrit avant l'année 671 = 81 (Schanz, *Gesch. der röm. Litt.*, I, 2[3], p. 294), tandis que le *De legibus* n'a guère vu le jour avant l'année 709 = 45 (Schanz, pp. 347-348) : bien des notions juridiques ont pu se préciser dans un laps de temps aussi long.

[2] Costa, *Cicerone giureconsulto*, p. 148, 5.

en doute[1] en se fondant sur le droit en vigueur sous l'Empire[2].

[1] Mommsen, *l. c.*, remarque, à juste titre, que cette question a fourni aux rhéteurs l'un de leurs sujets favoris de controverses d'école. Il cite Quintilien, *Inst. Orat.*, 3, 6, 38 : Iustumne sit sacrilegium appellari quod obiciatur, vel furtum, vel amentiam? 3, 6, 40 : Sitne sacrilegus, qui pecuniam privatam ex templo furatus est? 4, 2, 8 : Reus contra tunc narrationem subtrahet, quum id, quod obicitur, nec negari, nec excusari poterit, sed in sola iuris quaestione consistet; ut in eo, qui, quum pecuniam privatam ex aede sacra surripuerit, sacrilegii reus est, confessio verecundior, quam expositio : « Non negamus, pecuniam de templo esse sublatam; calumniatur tamen accusator actione sacrilegii, quum privata fuerit, non sacra; vos autem de hoc cognoscetis, an sacrilegium sit admissum ». 4, 2, 68 : Pecuniam de templo sustulit, sed privatam; non ideo sacrilegus est. 4, 4, 3 : Sed nonnunquam valde utilis est propositio : praecipue ubi res defendi non potest, de fine quaeritur; ut, pro eo, qui pecuniam privatam de templo sustulit : « Sacrilegii agitur, de sacrilegio cognoscitis », ut iudex intelligat, id unum esse officii sui, quaerere « an id, quod obicitur, sacrilegium sit? » 5, 10, 39 : Confirmatur coniectura ex maiore : Si quis sacrilegium facit, faciet et furtum. 7, 3, 10 : Sacrilegium est, rem sacram de templo subripere; num et privatam? 7, 3, 21-24 : Ut recte autem finiamus, ita fiet, si prius in animo constituerimus, quid velimus efficere : sic enim accommodari ad voluntatem verba poterunt; atque ut a notissimo exemplo, quo sit res lucidior, non recedamus : « Qui privatam pecuniam de templo surripuit, sacrilegii reus est ». Culpa manifesta; quaestio est, an huic crimini nomen, quod est in lege, conveniat : ergo ambigitur, an hoc sacrilegium sit? Accusator, quia de templo surrepta sit pecunia, utitur hoc nomine; reus, quia privatam surripuerit, negat esse sacrilegium, sed furtum fatetur; actor ergo ita finiet : « Sacrilegium est surripere aliquid de sacro »; reus ita finiet : « Sacrilegium est surripere aliquid sacri ». Uterque finitionem alterius impugnat. Ea duobus generibus evertitur, si aut falsa est, aut parum plena... Hic reus falsam dicit esse finitionem accusatoris : accusator autem non potest dicere falsam rei; nam « Est sacrilegium surripere aliquid sacri » dicit parum plenam; adiciendum enim « aut ex sacro ». Mais l'exemple le plus curieux de controverse sur des points analogues a échappé à Mommsen. C'est une longue poésie du ve ou du vi^e siècle de notre ère (d'Octavianus ? Cf. *Anthologia latina sive poesis latinae supplementum*, éd.[2] Fr. Buecheler et Al. Riese, I, 1894, Praef., p. xxviii dont la rubrique porte : « Sacrilegus capite puniatur ». De templo Neptuni aurum petiit. Interposito tempore piscator piscem aureum posuit et titulo inscribsit : « De tuo tibi Neptune ». Reus fit sacrilegii. Contra dicit (*Anthologia latina*, I, n° 21, pp. 85-96). Sur ce bizarre thème, le poète n'a pas écrit moins de 285 vers sans grand intérêt. Nous n'en retiendrons que les vv. 122 et sqq. :

Omne equidem furtum, dirus quod concipit ardor,
hic nisi nunc fallor rebus constare necesse est,
an locus admittat facinus conplerier an non,
an valeat persona nefas committere tantum.
Singula si excutimus, casurum est crimen in istum.
Ergo, ut distinctum est, videamus ab ordine primo
an locus admittat facinus conplerier an non.
Templum est, unde istud sublatum dicimus aurum
Maxima res : venerandus honos, custodia nulla...

[2] C'est ce que fait Mommsen, *Rom. Strafrecht*, p. 762, 5 (*Dr. pen. rom.*, trad

5° Cicéron et les auteurs contemporains savent séparer aussi le péculat du *furtum*, toutes les fois qu'ils trouvent intérêt à serrer de près les notions en cause.

Ainsi l'auteur de la Rhétorique à Herennius, que nous pouvons d'autant mieux rapprocher de Cicéron qu'il s'inspire des mêmes sources que lui[1], donne l'exemple suivant d'une *controversia ex translatione* devant une juridiction publique[2] :

Si quis peculatus accusatur, quod vasa argentea publica de loco privato dicatur sustulisse, possit dicere, cum definitione sit usus, quid sit furtum, quid peculatus, secum furti agi, non peculatus oportere[3].

Au temps où fut écrite la Rhétorique à Herennius (vers 682 = 86 — 672 = 82?)[4], il n'y avait donc péculat, semble-t-il, que lorsque la soustraction de meubles de l'Etat avait eu lieu *ex loco publico*. Toute soustraction *ex loco privato* rentrait dans le *furtum* proprement dit. Il en est peut-être autrement sous l'Empire[5].

Duquesne, III, p. 69, 2). Mais, même sous l'Empire, est-il sûr que la soustraction *ex loco privato* d'une *res sacra* ne soit jamais un *furtum?* On en a douté (cf. Desjardins *Traité du vol*, p. 341, 3), en s'appuyant sur un fragment de Claudius Saturninus, *l. singulari de poenis paganorum. Dig.*, 48, 19, fr. 16, 4 : Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit et capite luendum vel minore supplicio. Mommsen (p. 762, 6) et M. Cuq (Daremberg et Saglio, *Dictionn. des Antiquités*, V° *Sacrilegium*, IV, 2, p. 981) rapportent exclusivement, il est vrai, ce dernier texte à la question de savoir si la soustraction de *res privatae* déposées dans un temple constitue un sacrilège. Mais, vu la généralité de ses termes, nous croyons qu'il doit se rapporter, non seulement à la soustraction de *res privatae* dans un temple, mais encore à la soustraction de *res sacrae ex loco privato*.

[1] Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2³, pp. 468 et sqq.

[2] Ex translatione controversia nascitur cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in iure civili plerumque utimur. Les récents historiens de la *translatio iudicii* (Koschaker, *Translatio iudicii*, Graz, 1905; Duquesne, *la Translatio iudicii dans la procédure civile romaine. Ann. de l'Université de Grenoble*, XXII (1910), pp. 209-327 et 603-719) n'ont pas utilisé ce texte. Nous hésitons fort à croire cependant que la *controversia ex translatione*, qui peut être relative à une *mutatio iudicis* en matière civile, n'ait, comme le dit Mr Koschaker (p. 17, 1), rien de commun avec la *translatio iudicii* des jurisconsultes. Et peut-être ce texte eût-il fourni à Mr Duquesne (p. 702) pour l'emploi du mot *translatio* au cas de *mutatio iudicis* un témoignage plus général que celui de Cicéron (*In Verr.*, Act. Ia, 8, 20). Sur ce passage, envisagé à un autre point de vue, voy. Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede (Festgabe für* Léopold Pfaff), pp. 13 et sqq.

[3] Auctor ad Herenn., I, 12, 22.

[4] Marx, *Incerti auctoris de ratione dicendi ad C. Herennium l. VI*, Leipzig, 1894, Prol., pp. 153 et sqq.

[5] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 765 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 72),

6° Bien des points restent obscurs, entre autres celui-ci. Appelle-t-on péculat ou *sacrilegium* le *furtum* commis sur des choses publiques ou sacrées par le fonctionnaire même qui en a la garde? Nous verrons en effet que Labéon n'appliquait le mot *peculatus* qu'au *furtum* « *non ab eo factum, cuius periculo fuit*[1]. » Les témoignages de Cicéron semblent contradictoires.

On trouve plusieurs passages dans lesquels Cicéron n'emploie pas le mot *peculatus*, et emploie exclusivement le mot *furtum*, pour désigner des larcins portant sur des choses publiques, commis par le fonctionnaire même *cuius periculo res fuerunt*. Citons notamment :

In Verr., Act. II^a, 1, 13, 35.
2, 6, 18.

Ces deux textes rapportent la même histoire : Verrès, étant questeur du consul Cn. Carbo, aurait « mangé la grenouille » et pris la fuite. Le fait est qualifié de *furtum*.

Pro Fonteio, 2, 3.

Cicéron prétend que M. Fonteius n'a rien détourné de l'argent qu'il a touché, comme questeur, pour le trésor public : Nullius in tabulis ulla huius furti significatio... reperietur[2].

Pro Flacco, 28, 68-69.

Cicéron cherche à laver son client L. Flaccus d'une accusation d'exaction et de concussion, en affirmant que, s'il a opéré des levées de fonds illégales, il n'en a rien gardé pour lui : Furtum nusquam reprehendis...; furtum non reprehenditur...

le prétend, mais sans apporter de preuve, et en restreignant singulièrement la portée du système qu'il combat. Il y a péculat, affirme-t-il, aussi bien quand la chose publique soustraite se trouvait hors des caisses publiques que lorsqu'elle se trouvait dans ces caisses. Et il le prouve en établissant que toute soustraction portant sur la *praeda belli* est un péculat. — Mais la *Rhétorique à Herennius* ne parle pas de caisse publique. Ce qui s'oppose au *locus privatus*, c'est le *locus publicus*, qui n'est pas nécessairement une caisse ni un local fermé. Quand Varron nous apprend (*Supra*, p. 437) que *peculatus* désigne originairement les soustractions commises aux dépens du troupeau public, il ajoute que l'on menait paître ce troupeau sur les terres publiques : *et id esset coactum in publicum*. Le péculat peut donc porter sur des biens qui ne sont pas dans une caisse publique, mais qui sont cependant *in publico loco*. Dès lors, Mommsen devrait prouver que la *praeda belli*, une fois tombée aux mains de l'armée romaine, n'est pas, par le fait même, *in publico loco*.

[1] *Infra*, c. XIV, § 11.

[2] Et, dans des termes presque identiques, un peu plus loin (3, 5) : ut... nulla significatio furti, nulla alicuius delicti suspicio referatur.

In Verr., Act II[a], 1, 34, 87.

Verrès a vendu à son profit un navire de la flotte romaine, prêté par les Milésiens : Cicéron qualifie ce délit de *furtum*.

Mais on trouve d'autre part certains textes qui semblent employer le mot *peculatus* dans un sens analogue[1]. Citons notamment :

Philipp., 12, 5, 12 :

Sestertium septiens miliens avertisse Antonium pecuniae publicae iudicavistis : num fraude poterit carere peculatus? — Antoine a commis ce délit en tant que magistrat. Mais s'agissait-il de sommes dont il était personnellement comptable?

In Verr., Act. II[a], 3, 36, 83 :

Non intelligis haec... ad peculatus iudicium pertinere? Il s'agit d'une falsification de registres, opérée par Verrès en tant que préteur de Sicile, et ayant pour but de remettre au fermier des dîmes une partie de la somme que celui-ci avait soumissionnée. Le préteur était-il comptable des versements à effectuer par les fermiers des revenus publics?

Citons aussi deux textes épigraphiques du VIIe siècle : la *Lex Acilia repetundarum* (631-632) :

Quaestor utei solvat. Quoi pequniam ex hace lege quod sine malo pequlatu fiat, pr(aetor), quei ex hace lege quaeret, darei solvi iuserit, id quaestor *quei aerarium pro*vinciam optinebit, sed fraude sua extra ordinem dato solvitoque[2].

et la *Lex Cornelia de XX quaestoribus* (673) :

... quaestor..., quei aerarium provinciam optinebit, eam pequniam ei scribae scribeisque heredive eius solvito, idque ei sine fraude sua facere liceto, quod sine malo pequlatuu fiat, olleisque hominibus eam pecuniam capere liceto[3].

Les mots *malus peculatus* semblent s'appliquer, dans ces deux textes, aux détournements de *pecunia publica* que pourrait commettre le magistrat même qui a la garde de cette *pecunia*.

Dans l'ensemble, on n'a pas l'impression nette que la notion du

[1] Le texte du *Pro Murena*, 20, 42, cité à ce propos par Mommsen (*Röm. Strafrecht*, p. 764, 4; *Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 71, 2), nous parait peu probant. Pourquoi le mot *catenae* évoquerait-il nécessairement l'idée d'esclaves employés au service de la caisse?

[2] *C. I. L.*, I, n° 198, l. 69.

[3] *C. I. L.*, I, n° 202, 1, 5.

peculatus englobe les larcins de *pecunia publica* commis par un magistrat sur les valeurs dont il doit compte à l'*aerarium* ; si Cicéron désigne de préférence ces larcins du nom de *furta*, c'est apparemment parce que le mot *peculatus* s'applique plutôt aux larcins commis sur des valeurs de l'Etat par d'autres personnes que celles qui en ont la charge.

12

Nous avons vu Cicéron, dans son zèle d'avocat, dépouiller le mot *furtum* de son sens technique, et l'appliquer à des exactions rentrant dans le *crimen repetundarum*. C'est une habitude. Souvent, dans les occasions les plus diverses, il appelle *furta* des actes immoraux ou malhonnêtes quelconques, qu'aucun des témoignages que nous avons rencontrés jusqu'ici n'a jamais désignés de ce nom. Ainsi il nous apprend qu'un des adversaires de L. Cornelius Balbus accusait celui-ci d'avoir volé le droit de cité (*furari civitatem*)[1] : cela veut dire tout simplement, comme l'ensemble du plaidoyer le prouve, qu'il l'accusait d'avoir obtenu de C. Pompeius la *civitas* sans l'assentiment des habitants de Gadès, sa ville d'origine. De même, dans son troisième discours sur la loi agraire, Cicéron flétrit, comme cachant un *furtum*, l'article 40 de la loi agraire proposée par le tribun P. Servilius Rullus. Pourquoi? Parce qu'elle prétend assimiler toutes les *possessiones*, quel qu'en soit le titre, aux terres privées *optimo iure* :

Hoc tribunus plebis promulgare ausus est, ut, quod quisque post Marium et Carbonem consules possideret, id eo iure teneret, quo quod optimo privatum est? Etiamne si vi deiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur! Non mediocris res neque parvum sub hoc verbo furtum, Quirites, latet[2].

De même encore Cicéron reproche aux accusateurs de Sextus Roscius d'Ameria l'indignité des moyens par lesquels ils se sont approprié les biens de son client :

... bonorum emtio flagitiosa, flagitiosa possessio, furta, rapinae, donationes[3].

[1] Cic., *Pro Balbo*, 2, 5.
[2] Cic., *De lege agraria*, III, 3, 11-12.
[3] Cic., *Pro Sex. Roscio*, 9, 24.

Quels sont donc ces moyens? et comment les adversaires de Roscius sont-ils entrés en possession de son patrimoine? En vertu d'une application, — que Cicéron prétend illégale, — de la loi de Sulla sur les proscriptions.

A ces passages où l'impropriété de la terminologie se trahit pour ainsi dire d'elle-même, faut-il en joindre un autre dans lequel Cicéron, défendant le comédien Q. Roscius, rapporte que C. Fannius Chaerea accusait Roscius de l'avoir volé? Le témoignage principal[1] est le suivant :

26... Deberi tibi ex societate nihil clamitasti. Iudici hic denuntiavit : absolutus est. Tamen fraudis ac furti mentionem facere audes? Perstat in impudentia. « Pactionem enim, inquit, mecum fecerat. » Idcirco videlicet, ne condemnaretur, — Quid erat causae, cur metueret, ne condemnaretur? — Res erat manifesta; furtum erat apertum.

27. Cuius rei furtum factum est? Exorditur magna cum exspectatione veteris histrionis exponere societatem.

A ce témoignage où le mot *furtum* figure trois fois, se joignent les autres passages, très nombreux, d'après lesquels Chaerea accusait Roscius de *fraus*. Citons par exemple[2] les suivants :

6, 17 :

Roscius socium fraudavit?

6, 19 :

... socium fraudasse arguebas.

7, 19 :

Fraudavit Roscius.

7, 20 :

Verum tamen, quem fraudarit, videamus. C. Fannium Chaeream Roscius fraudavit.

8, 22 :

HS IↃↃↃ Q. Roscius fraudavit Fannium.

[1] Cic., *Pro Q. Roscio comœdo*, 9, 26; 10, 27.

[2] Voy. en outre 6, 16 : et pupillum fraudare... et socium fallere; — qui socium fraudarit et fefellerit...; 7, 20 : ex fraude, fallaciis, mendaciis constare totus videtur...; qui quamobrem Roscius similem cui in fraude et malitia existimarit...; 7, 21 : Considera, C. Piso, quis quem fraudasse dicatur. Roscius Fannium?... Si Fannius Roscium fraudasse diceretur... Sic cum Roscius Fannium fraudasse arguatur; 8, 22 : ut socium fraudaretis; 8, 23 : per summam fraudem et malitiam.

8, 24 :

Fraudabat te in societate Roscius.

9, 25 :

Nihil hunc in societatem fraudis fecisse iudi[casti].

La question ainsi soulevée est des plus délicates. Aucun plaidoyer de Cicéron n'a fait couler autant d'encre que le *Pro Roscio comoedo;* aucun n'est encore moins éclairci[1].

Rappelons à grands traits les péripéties du litige pendant entre Chaerea et Roscius[2].

L'illustre acteur Q. Roscius s'était chargé d'instruire dans son art un esclave de C. Fannius Chaerea, Panurgus, à la condition d'en devenir copropriétaire, et il avait rempli sa tâche, lorsqu'un certain Q. Flavius de Tarquinii tua cet esclave. Roscius et Fannius intentèrent contre Flavius une action *damni iniuria dati*, et le premier constitua le second son *cognitor*. Après la *litis contestatio*, Roscius transigea néanmoins avec Flavius, et renonça aux poursuites moyennant le transfert à lui consenti de la propriété d'un immeuble. Fannius, qui, lui, n'avait rien obtenu, considérant que son ancien copropriétaire s'était enrichi à ses dépens, le poursuivit, soit au moyen d'une action proprement dite[3], soit au moyen d'une instance arbitrale amiable, à la suite d'un compromis[4]. Le juré ou l'arbitre était C. Calpurnius Piso. Celui-ci, après avoir examiné le

[1] Il ne nous appartient pas de citer ici toute la bibliographie juridique du *Pro Roscio comoedo*. Voy. notamment Costa, *Cicerone giureconsulto*, p. 6, n. 7, et pp. 156-159; Wlassak, *Le cognitor*, Paris, 1911, p. 36, n. 1; et, parmi les travaux dont nous avons surtout tiré parti, Bethmann-Hollweg, *Der romische Civilprozess*, II, 1865, pp. 804-827; Baron, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, I, 1880 (Rom. Abth.), pp. 116-151 refondu dans ses *Abhandlungen aus dem romischen Civilprozess*, I, *Die Condictionen*, Berlin, 1881; Jonné-Duvat, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, Paris, 1896, pp. 59-206, notamment pp. 89 et sqq.; Von Mayr, *Die Condictio des romischen Privatrechtes*, Leipzig, 1901, pp. 47-73; Pellegrin, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet und verwertet*, Leipzig, 1904; Von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen romischen Recht*, Weimar, 1903-1907; Duquesne, *A travers la Condictio*, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XXXII (1908), pp. 213-225; Clark, *Anecdota Oxoniensa*, XI, Oxford, 1903 (notamment pp. 34-42); *The numerals in Cicero Pro Roscio comoedo*; Pellegrin, *Condictio und kein Ende*, *Festgabe der Bonner juristischen Fakultät fur Paul Krueger*, Berlin, 1911, pp. 3-96.

[2] Nous empruntons en partie cette analyse à M. Jonné-Duvat, *op. cit.*, p. 89 s.

[3] En ce sens, voy. Costa, *Orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, 1899, pp. 41-45, et, en dernier lieu, Von Mayr, *op. cit.*, pp. 57-60.

[4] En ce sens, Baron, *Abhandlungen*, pp. 139-148; Pellegrin, *op. cit.*, pp. 121-129.

différend, conseilla officieusement à Roscius de transiger avec son adversaire. Roscius, pour éviter une condamnation, et le scandale qui en fût résulté, s'engagea à payer une certaine somme, à la condition que Fannius promit de son côté de partager avec lui tout ce qu'il pourrait obtenir de Flavius. Mais Roscius n'exécuta pas la transaction, et ne versa qu'une partie de la somme, refusant le surplus par ce motif que Fannius ne remplissait pas ses engagements. Celui-ci intenta alors contre lui une *condictio certae pecuniae*. Entre temps, Flavius était mort[1], et sans doute mort insolvable[2]. Le nouveau procès eut encore pour juge Calpurnius Piso. Cicéron plaidait pour Q. Roscius, et P. Saturius pour Fannius Cherea.

Où est dans toute cette aventure la *fraus* de Roscius? Quel *furtum* a-t-il commis? On peut, à première vue, penser assez naturellement que Cicéron prend ici ces termes dans leur sens vulgaire, plutôt que dans leur sens juridique[3]. Mais un examen plus approfondi du texte conduit bientôt à rejeter cette interprétation. L'accusation de *fraus* et de *furtum* n'émane pas de Cicéron, mais bien de Saturius. Autant Cicéron, accusateur, a intérêt à grossir les griefs qu'il produit contre ses adversaires, autant Cicéron, défenseur, a intérêt à pallier les griefs qu'on produit contre ses clients. Rien ne l'oblige à répéter, après Saturius, que Roscius a commis *fraus* et *furtum*, si les actes reprochés à Roscius ne rentrent point en réalité dans la *fraus* et le *furtum*. Ou bien, s'il s'avise de reproduire de pareilles imputations, ce doit être pour protester énergiquement contre elles, pour les démentir, pour en montrer l'inanité. Or Cicéron proteste bien ici; mais ce n'est pas contre la qualification juridique des infractions, c'est seulement contre leur existence matérielle. Il emploie d'assez longs développements à établir que le caractère de Roscius, sa situation sociale, sa fortune, le mettent au dessus de tout soupçon de *fraus*[4]; mais il ne nie point, — du moins dans ce que nous possédons du plaidoyer, — que les faits reprochés, s'ils sont avérés, puissent constituer une *fraus* et même un *furtum*.

[1] Cic., *Pro Roscio*, 14, 42.

[2] Cf. Baron, p. 151.

[3] En ce sens, notamment, Baron, *Abhandlungen*, I, p. 150 : « Natürlich ist diese Anklage nicht wörtlich und juristisch zu nehmen »; Jobbé-Duval, I, p. 91; Pernice, *Labeo*, III, 1, 1892, p. 224.

[4] *Pro Rosc. com.*, 6-8, 16-24. Bethmann-Hollweg, *l'c'*, p. 822.

Il faut donc bien que ces accusations de *fraus* et de *furtum* aient quelque fondement juridique.

Remarquons d'ailleurs que ces accusations ne sont pas liées à l'action sur laquelle on plaide *(condictio certae pecuniae)*. Cette action a pour point de départ la transaction intervenue entre Fannius et Roscius; et Cicéron a discuté la question de savoir si elle est admissible dans la première partie de son plaidoyer, celle qu'il appelle l'*oratio necessaria*[1]. Mais les accusations de *fraus* et de *furtum* se trouvent dans la seconde partie du plaidoyer[2], celle que Cicéron appelle l'*oratio voluntaria*[3], et dans laquelle, revenant sur le passé, il examine les faits antérieurs à la transaction. Si Roscius avait transigé, c'était en effet parce qu'il allait être condamné, et il allait être condamné parce qu'il avait commis une *fraus* certaine un vol évident, — l'accusateur est bien près de dire : un vol manifeste[4]. Quels sont donc les faits antérieurs où nous pouvons trouver trace de *fraus* ou de *furtum?*

Nous ne nous attarderons pas à discuter point par point les questions si complexes qu'a soulevées cette partie du *Pro Roscio comœdo*. Nous nous bornerons à proposer notre solution; elle repose sur quelques faits que nous croyons peu contestables.

Roscius avait pris Fannius comme *cognitor* pour agir *de damno iniuria dato* contre Flavius. Fannius avait fait *litis contestatio*[5] : il avait donc déduit en justice le droit de son mandant[6], qui s'était trouvé dès lors éteint[7]. C'était désormais Fannius seul, — la repré-

[1] *Pro Rosc. com.*, 1-5, 1-15.

[2] *Pro Rosc. com.*, 6, 16 et sqq.

[3] *Pro Rosc. com.*, 5, 15.

[4] Res erat manifesta; furtum erat apertum.

[5] Ce point capital est hors de doute. *Pro Rosc.*, 11, 32 : Lite contestata, iudicio damni iniuriae constituto, tu sine me cum Flavio decidisti. Peu nous importe de savoir si Fannius avait déjà intenté l'action de la loi Aquilia en son nom propre avant d'être institué *cognitor* pour le compte de Roscius. Cf. Wlassak, *Zur Geschichte der Kognitur (Breslauer Festgabe für* Jhering), Breslau, 1893, pp. 54 et sqq.; Wenger, *op. cit.*, p. 39, 1.

[6] On sait qu'il en était ainsi en droit classique. Koschaker, *Translatio iudicii*, pp. 133 et sqq.; Girard, *Manuel*[5], p. 1027; Demelay, *A propos du cognitor*, N^e *Rev. Hist. de Droit*, XXXVI, 1912, pp. 377 et sqq.). Il en était sans doute déjà ainsi du temps de Cicéron (*Pro Rosc. com.*, 18, 53 : Qui per se litem contestatur, sibi soli petit : alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus).

[7] L'effet extinctif de la *litis contestatio* au temps de Cicéron est attesté par

sentation n'étant pas admise[1], — qui était devenu créancier de la condamnation de l'action *legis Aquiliae*, sauf le recours de Roscius contre son *cognitor*, soit par l'action de mandat, soit plus probablement ici, par l'action *pro socio*[2].

Or Roscius, qui n'avait plus désormais aucun droit personnel contre Flavius, avait néanmoins conclu un arrangement avec ce dernier!

Cela n'est pas seulement, comme on l'a dit[3], un mauvais procédé de Roscius pour Fannius, un acte contraire à la bonne éducation et à la morale. C'est aussi un acte incorrect au point de vue juridique; c'est un délit. On l'a nié. Cicéron, prétend-on, reconnaît au *dominus* le droit strict de transiger en dehors du *cognitor*. Fannius lui-même ne conteste pas ce droit[4].— Que Cicéron, en avocat retors, proclame régulière la conduite de son client, rien de plus naturel; on aurait mauvaise grâce à le lui reprocher. Mais que Fannius acquiesce lui-même à ce système, rien de moins conforme au témoignage du plaidoyer. En réalité Fannius proteste, et proteste si fort que Cicéron ne peut taire ses protestations! Car ne sont-ce pas des protestations, ces accusations répétées de *furtum* et de *fraus* qu'il

l'existence, chez cet auteur, d'allusions non équivoques à l'exception *rei in iudicium deductae*. Cic., *De orat.*, I, 37, 168.

[1] En droit classique, on a tendu à introduire la représentation dans les rapports du *cognitor* et du *dominus litis* : mais le sens même du développement indique que la notion de représentation s'efface de plus en plus au fur et à mesure qu'on remonte dans le passé. Et le texte du *Pro Roscio* semble conforme à cette manière de voir (Wirbel, pp. 49-50). Sans doute le *dominus* n'avait pas l'action *iudicati*, et ne l'obtenait qu'après recours contre le *cognitor*. On pourrait même se demander s'il ne faut pas ponctuer autrement qu'on ne le fait la phrase : Cognitor si fuisset tuus, quod vicisset iudicio, ferres tuum (18, 53), et lire : quod vicisset, iudicio ferres tuum.

[2] C'est évidemment parce que Fannius était son coassocié que Roscius l'avait pris comme *cognitor*. Cela explique pourquoi Fannius accuse Roscius à plusieurs reprises d'avoir fraudé un associé (*supra*, p. 460, n. 2). Et, que la société fut dissoute ou non par la mort de l'esclave Panurgus (La dissolution est généralement admise. Voy. Baron, *Abhandlungen*, pp. 149; 172 et sqq.; Pernice, *Labeo*, III, 1, pp. 224-225. Cf. Pflueger, *op. cit.*, pp. 134-135; Kuebler, dans *Berliner philologische Wochenschrift*, XXV (1905), p. 670), l'action *pro socio* subsiste pour sanctionner les obligations qui incombent à chaque associé (Girard, *Manuel*, p. 583, 3).

[3] Baron, *Abhandlungen*, I, p. 150.

[4] En notre sens, Eisele, *Cognitur und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg in Brisgau, 1881, p. 105. *Contra* Pflueger, *op. cit.*, p. 2 ; Wirbel, *op. cit.*, p. 51.

dirige contre Roscius? Bien plus, Fannius a poursuivi devant le *iudex* C. Cluvius l'action *legis Aquiliae* qu'il avait intentée, en son nom et au nom de Roscius, contre Flavius: Cicéron assure même qu'il a de ce chef obtenu 100.000 sesterces[1]. Constatation évidemment gênante pour les auteurs qui estiment que le *dominus* a le droit de transiger en dehors du *cognitor*! Aussi suppose-t-on que Fannius a abandonné l'instance qu'il avait liée *cognitorio nomine* avec Flavius pour le compte de Roscius[2], et que l'action intentée contre Flavius devant C. Cluvius est une action nouvelle. Malheureusement le texte ne dit rien de tout cela; et, en outre, puisque l'action nouvelle ne peut être qu'une action *legis Aquiliae*, on se demande comment Fannius, qui avait déja deduit son droit dans la première instance, aurait agi *bis de eadem re*[3].

Concluons : Roscius a commis un délit en transigeant en dehors de son *cognitor*. Quel délit? Un délit de *fraus*. Flavius et Roscius ont agi en fraude des droits des créanciers de Flavius, et notamment en fraude des droits de Fannius, créancier de Flavius, pour le montant de la condamnation à intervenir dans l'action *legis Aquiliae* par lui intentée.

Les conditions de la *fraus* paraissent en effet réunies ici. Il est établi : 1° Que Flavius, en aliénant un immeuble, a compromis sa solvabilité. Cicéron tâche bien de prouver, en rapportant de seconde main une conversation privée, que Fannius a pu, après coup, tirer de Flavius 100.000 sestérces. Mais le fait n'est pas bien sûr[4], et il se place, en tout cas, après la transaction de Roscius avec Flavius, dans un temps où Flavius a pu revenir à une meilleure fortune.

2° Que Flavius était de mauvaise foi, et Roscius également. Flavius était renseigné sur la situation, puisqu'il avait fait *litis contestatio* avec Fannius; et Roscius n'ignorait point, apparemment,

[1] *Pro Rosc. com.*, 14, 40.

[2] En ce sens Wenger, *op. cit.*, p. 51.

[3] On n'objectera pas, en se fondant sur les dires de Cicéron (*Pro Rosc. com.*, 18, 56), que Roscius a dû stipuler de Fannius la moitié de ce qu'il obtenait de Flavius, et que cette stipulation serait inutile si Fannius était déjà tenu *pro socio* ou *mandati* comme *cognitor*. Car il arrive souvent à Rome qu'on stipule ce à quoi l'on a droit autrement; l'existence d'une *cautio rei uxoriae* ou d'une *stipulatio duplae* ne nous donne aucune raison de croire, dans un cas donné, que l'action *rei uxoriae* et l'action *empti* soient inapplicables.

[4] Voy. les objections très fondées de Baron, *Abhandlungen*, p. 153.

qu'il avait constitué un *cognitor*. Nous avons donc là, de part et d'autre, le *consilium fraudis*.

Nous ignorons d'ailleurs pourquoi Flavius a favorisé Roscius au détriment de Fannius. Mais qu'il y ait eu entre les deux compères une entente louche, rien de plus certain. Toutes les circonstances de l'affaire sont suspectes. Suspect, le souci qu'on a marqué de tenir Fannius dans l'ignorance; suspecte, l'aliénation d'un immeuble là où l'on attendrait une prestation en argent. Quand Fannius accuse Roscius de *fraus*, ce n'est pas sans apparence de raison. Le mot *fraus* prend dans sa bouche la valeur d'une expression technique.

Cette interprétation est confirmée, semble-t-il, par un passage du *Pro Roscio comoedo* auquel nos devanciers n'ont pas pris garde. Il nous suffira de développer les idées qu'il exprime pour qu'on voie combien il nous est favorable.

HS IƆƆƆ Q. Roscius fraudavit Fannium. Qua de causa? Subridet Saturius, veterator, ut sibi videtur. Ait, propter ipsa HS IƆƆƆ[1].

Roscius a frustré Fannius de 50.000 sesterces. En effet, dans l'action *legis Aquiliae* intentée contre Flavius, Fannius réclamait 100.000 sesterces[2]; il les eut obtenus sans la *fraus;* mais il eût dû ensuite en remettre moitié à Roscius, son commettant et associé; c'était donc bien, en définitive, une somme de 50.000 sesterces qu'il prétendait avoir perdue.

Et pourquoi Roscius la lui avait-il fait perdre? A quel mobile avait-il obéi? Saturius, en vieux routier qu'il était, l'indiquait avec un sourire plein de sous-entendus : Roscius voulait avoir précisément cette somme de 50.000 sesterces (*ipsa* HS IƆƆƆ[3]). Nous imaginons assez facilement ce que Saturius laissait entendre. Sans doute Roscius se défiait de Fannius, et il avait mieux aimé faire son affaire tout seul, pendant qu'il en trouvait l'occasion, que de

[1] Cic., *Pro Rosc. com.*, 8, 22.

[2] Puisque, comme nous l'avons montré (*supra*, p. 465), le litige jugé par Cluvius est le même qu'avait jadis soulevé Fannius en son nom propre et comme *cognitor* de Roscius.

[3] *Ipse* s'emploie chez Cicéron pour désigner un temps ou un nombre déterminé. Ex. : Cic., *In Verr.*, Act. 2ª, I, 14, 36 : ipsa H S sexcenta milia; *Pro Cluent.*, 32, 87 : ipsa pecunia; *Pro Sest.*, 63, 131 : ipsis nonis Sextilibus...; *Ep. ad Att.*, 3, 21 : Triginta dies erant ipsi, cum has dabam litteras; *Pro Caecina*, 10, 28; cum dixisset, minus IƆƆƆ, populus cum risu acclamavit, ipsa esse.

réclamer, dans un avenir incertain, 50.000 sesterces à un homme de solvabilité ou d'honnêteté douteuse. Remarquons que Cicéron ne conteste pas, au point de vue logique, l'interprétation de Saturius : il se borne à essayer d'établir, en fait, que Roscius était assez riche pour faire fi de 50.000 sesterces.

Video, sed tamen, cur ipsa HS DDD tam vehementer concupierit, quaero...

Dès le temps de Cicéron, la *fraus creditorum* entraîne des sanctions : à tout le moins l'interdit fraudatoire; peut-être aussi l'action paulienne[1]. Fannius a sans doute recouru à l'interdit fraudatoire, car il paraît avoir agi seul, en dehors des autres créanciers de Flavius[2]. L'interdit fraudatoire se donne, en effet, aux créanciers pris individuellement, tandis que l'action ne peut être intentée que par le *curator* ou un représentant de la masse des créanciers[3]. Il est donc probable que la première instance soumise à l'arbitre Calpurnius Piso était l'instance *per formulam arbitrariam* engagée sur la question de savoir si Roscius avait violé un interdit fraudatoire délivré à Fannius[4]. Ce système est plausible. On sait que

[1] Cic., *Ep. ad Atticum*, I, 1, 3-4 : Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario quum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre A. Cannio Satyro de iis rebus, quas eum dolo malo mancupio accepisse de Vario diceret; una agebant ceteri creditores, in quibus erat L. Lucullus et P. Scipio et is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius Mr Lenel (*Edit*, II, p. 177, n. 11, et *Edictum*², p. 420, n. 2) rapporte ce passage à l'interdit fraudatoire. Avec raison, croyons-nous : les mots *agere coepit* attestent l'initiative individuelle d'un créancier. *Contra* Girard, *Manuel*², p. 428, 3; Costa, *Cicerone giureconsulto*, p. 145. Cf. Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, I (Palermo, 1913), pp. 172 et sqq.

[2] Pour l'interdit comme pour l'action, il faut supposer d'ailleurs que Fannius n'avait pas laissé passer sans agir l'année *in quo experiendi potestas fuit*.

[3] Girard, *Manuel*², p. 427, 3; p. 428, 1; Lenel, *Edit*, II, p. 248, et surtout *Edictum*², pp. 477-478.

[4] On pourrait aussi, à la rigueur, supposer qu'on avait use de la procédure *per sponsionem*, et que la formule arbitraire employée ici était celle du *iudicium de re restituenda vel exhibenda* dont parle Gaius, IV, 165, *in fine*. Toutefois il n'est pas certain que ce *iudicium* existât déjà au temps de Cicéron. En tout cas, le *iudicium secutorium* (ou *Cascellianum*) des interdits doubles n'a été introduit dans l'édit que par A. Cascellius pendant sa préture, donc, puisque celle-ci se place vraisemblablement au temps du premier triumvirat (697 = 63) (Cf. P. Krueger, *Quellen*², p. 73, Bremer, I, p. 368), après l'époque où fut prononcé le *Pro Roscio comoedo*, et *a fortiori*, après l'époque où eut lieu le premier procès entre Fannius et Roscius [Rappelons que le *Pro Roscio comoedo* a été prononcé en 687 (= 67) ou 688 (= 66) (*infra*, p. 468, n. 3), et que le premier procès entre Fannius

la procédure *per formulam arbitrariam* en matière d'interdits existait au temps où Cicéron prononçait son plaidoyer *pro Tullio*[1] (682 = 72, ou 683 = 71[2]), c'est-à-dire avant le temps où il prononçait son plaidoyer *pro Roscio comoedo* (vers 687 = 67 ou 688 = 66[3]); on sait également que l'interdit fraudatoire est un interdit restitutoire[4], donc un interdit pour lequel les contestations peuvent se vider *per formulam arbitrariam*. Ce système s'accorde aussi avec les termes qu'emploie Cicéron au sujet de l'instance en question[5], — beaucoup mieux certainement que les systèmes qui y voient un *arbitrium pro socio*[6]. Nous admettons donc que c'était sur une action arbitraire proprement dite, et non sur un débat arbitral purement conventionnel et amiable, que Roscius et Fannius avaient plaidé pour la première fois. Nous ne reprendrons

et Roscius s'est déroulé trois ans plus tôt (donc en 684 = 70 ou 685 = 69). Cic., *Pro Rosc. com.*, 13, 37).

[1] Cic., *Pro Tullio*, 53.

[2] Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2[3], p. 237.

[3] Schanz, *l° c°*, p. 245. Pour la discussion de cette date, qui n'a pour nous, somme toute, qu'une importance secondaire, voy. Bethmann-Hollweg, *l° c°*, p. 805-806; Zielinski, *Philologus*, XVIII (1905), p. 15, et, en dernier lieu, Von Velsen, *Beiträge zur Geschichte des edictum praetoris urbani*, Leipzig, 1909, pp. 25-26; p. 46; Wirbel, *op. cit.*, p. 36, 2.

[4] Voy. la teneur de l'édit (= *restituas*). Lenel, *Edit*, II, p. 246, n. 1; *Edictum*[2], p. 476, 7.

[5] Sur la dénomination d'*arbiter* attribuée au juré qui connaît *per formulam arbitrariam* de l'interdit fraudatoire, voy. Venuleius, *l. VI Interdictorum. Dig.*, 42, 8, fr. 8 (fragment appliqué par Justinien à l'action Paulienne, mais qu'il faut restituer à l'interdit fraudatoire. Lenel, *Edit*, II, p. 246; *Edictum*[2], p. 479).

[6] Les termes de la formule rapportée par Cicéron, *Pro Rosc. com.*, 4, 11-12, ne cadrent pas avec ce qu'on sait par ailleurs de la formule de l'action *pro socio* (Lenel, *Edit*, II, p. 12, 4; *Edictum*[2], p. 287, 12). Si notre conjecture est fondée, nous aurions donc dans le *Pro Roscio comoedo* un témoignage relatif à la *formula arbitraria*, par ailleurs inconnue, des interdits (Lenel, *Edit*, II, p. 191; *Edictum*[2], p. 432: notons que, pour l'interdit fraudatoire, nous possédons un témoignage sur une clause accessoire de la formule arbitraire. Lenel, *Edit*, II, p. 247; *Edictum*[2], p. 479). Elle aurait été construite sur un *Quantum aequius et melius sit dari repromittique*. Nous n'attachons aucune importance à la différence des termes employés par les paragraphes 11 et 12. Si *repromitti*, qui figure dans le § 12, ne figure pas dans la formule plus générale du § 11, cela se comprend aisément, quoi que disent Baron (*Abhandlungen*, pp. 140-142) et Pflueger (*op. cit.*, p. 127) : c'est que le mot *repromitti* ne figurait pas dans toutes les formules arbitraires. Le doute émis par Baron (p. 142) au sujet de l'enclitique *ve* qui rattacherait *repromitti* à *dari* est facile à écarter, un certain nombre de manuscrits, et de bonnes éditions, notamment l'édition Orelli, suivie par nous, portent *repromittique*.

pas l'examen de cette question si discutée[1] ; l'existence, attestée par les manuscrits, et vainement révoquée en doute[2], d'un *si paret* dans le programme qui fixe les pouvoirs de l'arbitre[3] tranche la question en faveur de l'idée d'une action.

C'est dans cette action arbitraire que Roscius allait succomber, quand, sur le conseil de Pison, il accepta de transiger. Il consentit d'importantes concessions à Fannius, moyennant quoi Fannius se désista.

Telle est, à notre sens, l'économie du premier litige porté devant Pison. A ce litige se rattachent exclusivement les griefs de *fraus* et de *furtum*, qui sont étrangers au second procès. Aussi nous garderons-nous de prendre parti sur les difficultés que soulève celui-ci. Nous n'examinerons pas, notamment, si la *condictio certae pecuniae* dont Cicéron conteste l'admission est fondée sur un *furtum*[4]. L'hypothèse est plausible, mais la méthode par nous adoptée nous impose l'obligation d'en ajourner l'étude[5].

L'interprétation que nous venons de donner du mot *fraus* dans le *Pro Roscio* peut soulever une objection : comment se fait-il que Cicéron ne conteste pas l'application contre Roscius de l'interdit

[1] *Supra*, p. 461, n. 3 et n. 4.

[2] Baron, *Abhandlungen*, p. 141, 6. Cf., à propos d'une autre leçon, *si peteres*, Von Mayr, p. 58.

[3] Cic., *Pro Rosc. com.*, 5, 12 (éd. Orelli, Baiter et Halm², II, 1, p. 76, l. 8, et l'apparat critique), et, en dernier lieu, Éd. A. C. Clark : *si pareat*.

[4] Nous faisons allusion à l'idée fort ingénieuse de M. Kuebler (*Berliner philologische Wochenschrift*, XXV, 1905, pp. 664-673, pp. 668 et sqq. (Cf. déjà Heumann-Hollweg, *l. c.*, p. 819, et, en sens contraire, Von Mayr, p. 54), pour qui la *condictio* intentée par Fannius sanctionne un enrichissement frauduleux ou sans cause, et est, par suite, sinon une *condictio ex causa furtiva* proprement dite, du moins quelque chose qui y ressemble fort. Nous n'étudierons pas davantage ici, et pour la même raison de méthode, ni les textes de Cicéron que M. Bekker (*Aktionen*, I, p. 106, 22) rapporte à la *condictio ex causa furtiva*, mais qui ne prononcent pas le mot *furtum* (Cic., *In Verr.*, Act. II², 2, c. 22-23, §§ 55-56 ; *Pro Cluent.*, c. 24-29, §§ 66-79), ni les hypothèses sur la *condictio furtiva* qu'a suggérées par exemple à Mr Von Mayr et à Mr Pfuegen le langage employé par Cicéron dans la célèbre proposition : *Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit* (*Pro Rosc. com.*, 5, 14). Von Mayr, *op. cit.*, pp. 73 et sqq. Pfuegen, *op. cit.*, pp. 15 et sqq. Cf. Duquesne, *l. c.*, pp. 217 et sqq.

[5] Qu'on ne s'y méprenne pas ; nous ne prétendons pas écarter cette hypothèse, que nous tenons au contraire pour fort plausible, sauf à y faire certaines corrections, et à y joindre certaines justifications. Mais nous ne croyons pas qu'elle trouve dans le seul texte du *Pro Roscio* un commencement de preuve.

fraudatoire? L'objection serait forte si nous possédions le *Pro Roscio* dans son entier. Mais nous ne le possédons pas. C'est même précisément au moment où la logique du développement l'amènerait à toucher cette question, que le plaidoyer s'interrompt. Il y a là une pièce nécessaire qui manque dans l'argumentation. Les mots *Res erat manifesta; furtum erat apertum. — Cuius rei furtum factum est?* amorçaient un exposé critique qui devait aboutir à une conclusion : *Nullius rei furtum factum est.* Cette conclusion, avec l'ensemble des raisonnements qui la précédaient immédiatement, ne nous a pas été transmise.

13

Nous avons laissé jusqu'ici un point dans l'ombre. Restreinte à l'interprétation du grief de *fraus*, notre explication se justifie suffisamment. Mais cette explication vise aussi à rendre compte du grief de *furtum*[1]. Or *furtum* et *fraus creditorum* sont, à l'époque classique, deux délits bien distincts. Les jurisconsultes n'appellent point *furtum* le fait du débiteur qui aliène un bien en fraude des droits de ses créanciers. Comment donc comprendre le rapprochement fait par Cicéron?

Ce rapprochement atteste, à notre sens, que les deux délits étaient beaucoup plus voisins l'un de l'autre au VIIe siècle de Rome que sous l'Empire, et que peut-être même ils sont sortis d'une souche commune. Il n'y a évidemment pas grande différence, pour des hommes peu habitués à l'analyse, entre le débiteur gagiste qui aliène de mauvaise foi l'objet qu'il a donné en gage spécial à son créancier, et le débiteur chirographaire qui aliène de mauvaise foi une partie considérable du patrimoine qui forme le gage général de ce même créancier. Il fut peut-être un temps où on les regardait tous deux comme coupables d'un abus de confiance *(furtum improprium)*, et où on donnait l'action *furti* contre tous deux.

Pour établir la légitimité de cette hypothèse, il faut prouver :

1° Que l'action *furti* peut se donner à de simples créanciers chi-

[1] Nous nous abstenons, en général, d'appuyer nos hypothèses sur des considérations de droit comparé. Mais voy. cependant ici PLANITZ, *Studien zur Geschichte des deutschen Arrestprozesses. Zeitsch. der Savigny-Stiftung*, XXXIV (1913), G. A., pp. 64 et sqq.

rographaires, sinon à titre individuel, du moins à titre collectif, après la *missio in bona* prononcée à leur profit. Cette conclusion s'autorise d'un témoignage de Sabinus rapporté par Ulpien *(l. LXI ad edictum)* :

3. Praetor ait : « si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur »... 9. Haec verba edicti ad eum pertinent, qui ante quid amovit, deinde se abstinet : ceterum si ante se abstinuit, deinde tunc amovit, hic videamus an edicto locus sit. Magisque est, ut putem, istic Sabini sententiam admittendam, scilicet ut furti potius actione creditoribus teneatur : etenim qui semel se abstinuit, quemadmodum ex post delicto obligatur ?

Ce texte, extrait du commentaire d'Ulpien sur le titre[1] de l'Edit *Quibus ex causis in possessionem eatur*, est relatif au *ius abstinendi* accordé à l'héritier sien pubère pour le protéger contre la confusion du passif héréditaire avec son passif propre. Cet héritier peut, grâce à ce bénéfice, refuser de défendre contre les créanciers héréditaires, comme le ferait un héritier volontaire. Les créanciers n'ont d'autre ressource que de l'amener devant le préteur et de l'interroger *an heres sit* : il doit alors défendre à l'action, ou demander le *spatium deliberandi*, au bout duquel, s'il n'a rien répondu, il est tenu pour renonçant[2]. Mais l'Edit ne lui accorde ce bénéfice qu'à condition qu'il n'ait détourné ni fait détourner aucun bien successoral (= *si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur)*. Commet-il quelque détournement avant de prendre parti ? il perd du même coup le *ius abstinendi*. Mais que décider s'il commet un détournement après avoir manifesté l'intention[3] de s'abstenir ? On peut se demander si l'on ne tiendra pas son abstention pour non avenue, et s'il ne devra pas, dès lors, répondre *ultra vires* du passif héréditaire. La question est délicate. Sabinus, suivi, non sans hésitation (= *magis... est, ut putem...)* par Ulpien,

[1] *Dig.*, 29, 2, fr. 71, 3 et 9. LENEL, *Paling.*, II, c. 788, n° 1496 ; BREMER, II, 1, pp. 578-579.

[2] GIRARD, *Manuel*, pp. 893-894. Nous suivons l'opinion courante et n'entrons pas dans l'étude des difficultés que peut soulever l'interprétation du texte de GAIUS sur la matière (II, 187). Cf. DERNBURG, *Das Deliberationsrecht des Erben und die Interrogationes in iure faciendae*, Braunschweig, 1870, et SCIANDRI, *Spatium deliberandi*, Catania, 1912.

[3] Sur la façon dont l'intention se manifeste au temps de SABINUS, voy. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, pp. 224-225.

admet la négative : le *ius abstinendi* une fois acquis l'est définitivement; le délit commis après coup ne saurait en anéantir les effets. Mais le *suus* peut être actionné pour vol par les créanciers. Evidemment cette action de vol appartient non aux créanciers pris individuellement, mais à la masse, car elle lui est attribuée à un moment où la *missio in bona* l'a mise en possession des biens héréditaires, la plaçant ainsi dans une situation analogue à celle d'un créancier gagiste proprement dit. La solution, peu connue[1], donnée par notre texte n'en est pas moins remarquable. Si, au temps de Sabinus, et même d'Ulpien, l'action *furti* compète à la masse des créanciers successoraux contre le *suus* qui a détourné un des biens héréditaires (nous pouvons dire : *un de ses biens*, car il en reste propriétaire *iure civili* même après l'exercice du *ius abstinendi*), il n'y a pas excès d'audace à supposer que cette même action a pu, plus anciennement, compéter à la masse contre le débiteur qui a détourné des biens de son patrimoine, ou contre les coauteurs de ce détournement.

2° Qu'il n'y a pas incompatibilité entre les conditions d'application de l'action *furti* et celles des sanctions de la *fraus creditorum*. A première vue, on pourrait croire à cette incompatibilité. Les sanctions de la *fraus creditorum* frappent notamment des tiers acquéreurs qui sont devenus propriétaires *ex iusta causa* des biens aliénés. Mais les résultats que nous avons dégagés jusqu'ici nous permettent d'écarter cette difficulté. La loi Atinia ne s'applique pas au *furtum improprium*. Les tiers acquéreurs qui ont pu, par suite, devenir régulièrement propriétaires des biens aliénés, n'en sont pas moins exposés à l'action *furti*. Il n'y a eu incompatibilité entre les théories de la *fraus* et du *furtum* que lorsque l'imprescriptibilité s'est étendue à toutes les *res furtivae*. En sens inverse, la symétrie des conditions d'exercice de l'action *furti* et des sanctions de la *fraus creditorum* confirme l'idée d'une parenté originaire entre elles. Sans doute l'action *furti* donnée aux créanciers pouvait-elle s'intenter non seulement contre le débiteur *fraudator*, mais aussi contre tous les tiers acquéreurs chez qui se trouvaient réunis les

[1] Notre texte parait avoir échappé à Mr Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXXII (1911), pp. 23-99.

éléments du délit de *furtum* : l'élément matériel (= *ops; contrectatio*, avec le sens large que l'on donne anciennement à ces mots), et l'élément immatériel (= *consilium*, *consilium fraudis*), requis alors chez les acquéreurs à titre gratuit eux-mêmes[1].

Mais ces idées, si on les admet, ne suffisent pas encore à rendre compte des allusions à la *fraus* et au *furtum* contenues dans le *Pro Roscio comoedo*. Car, nous l'avons vu, Fannius avait agi individuellement contre Roscius, sans doute au moyen de l'interdit fraudatoire. Il n'est aucunement question d'une action collective des créanciers de Flavius. Nous sommes donc amenés à supposer que l'action *furti* aurait pu être donnée, elle aussi, à un créancier chirographaire pris individuellement. Mais le bénéfice d'une pareille action *furti* eût évidemment été acquis au seul demandeur, et non aux autres créanciers. Nous croyons qu'il n'y avait pas de différence, à cet égard, entre elle et l'interdit fraudatoire primitif. On admet généralement, il est vrai, avec M. Lenel[2], que l'interdit fraudatoire, qui peut être accordé à chaque créancier en particulier, profite finalement à la masse. Mais cette manière de voir n'est pas sûre, même pour l'époque classique[3]. L'édit du préteur sur la matière devait d'ailleurs être rédigé autrement qu'on ne l'admet aujourd'hui[4], sans compter que sa rédaction a pu changer entre le temps

[1] La distinction entre les acquéreurs à titre onéreux et les acquéreurs à titre gratuit n'a été faite que par la doctrine, et assez tardivement (Girard, *Manuel*², p. 426, 4).

[2] Lenel, *Edit*, II, p. 248; *Edictum*², pp. 477-478.

[3] Voy. notamment les objections de Mr Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti del debitore nel diritto romano classico*. *Bull. dell'Istit. di diritto romano*, XV (1903), pp. 162-168.

[4] La restitution actuellement admise, et qui est due à Mr Gradenwitz (*Miscellen Zeitschr. d. Savigny Stiftung*, VIII, 1887, pp. 254-256), est précisément une restitution conjecturale dans la partie qui nous intéresse. On ne saurait le méconnaître, malgré l'approbation qu'elle a généralement rencontrée (Lenel, *Edit*, II, p. 245, 13; *Edictum*², pp. 476-477; Girard, *Manuel*⁷, p. 427, 3). Au lieu des mots *ea illis, quos eo nomine quo de agitur ex edicto meo in possessionem ire esseve oportet*, admis par Mr Lenel, on trouve dans la Florentine : *ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet* (Ulpian., *l. LXXIII ad edict. Dig.*, 42, 8, fr. 10, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 852, n° 1640). Evidemment, cette partie du texte est mutilée et interpolée. Mais on remarquera 1° que le singulier *ei* (*actio ei . . competere*) est sûr; 2° que le pluriel *illis* ne l'est pas au même degré, car le scribe a pu prendre *illi* pour *illis*, à cause du *si* qui suit. Aussi Mommsen (non suivi par Mr P. Krueger, *Corp. iur. civilis*, I², 1908, p. 725) avait-il proposé de lire *ea illi*, etc. *Illi* désignerait alors, croyons-nous, conformément à la syntaxe con-

des origines et la codification de l'*Edictum perpetuum*. Si la procédure engagée par Fannius contre Roscius était bien celle d'un interdit fraudatoire, il faut admettre que la restitution du bien aliéné *in fraudem creditorum*, et son retour dans le patrimoine du débiteur, se réalisaient alors au profit du seul créancier qui avait exercé l'interdit. D'où cette autre conclusion : l'interdit fraudatoire fonctionne en dehors de toute *venditio bonorum*. Historiquement, il peut préexister à l'institution de la *venditio bonorum*, tandis que l'action paulienne ne le peut pas[1]. Sans doute l'interdit fraudatoire s'est introduit de bonne heure à côté de l'action *furti*, comme les interdits *de liberis exhibendis*, *ducendis*, *de uxore exhibenda*, *ducenda*[2], à côté de cette même action, et, comme eux, il a fini par la supplanter[3].

On n'objectera pas à notre système qu'on ne saurait comprendre une action de fraude (action *furti* ou interdit fraudatoire) intentée sans même qu'une *venditio bonorum* ait établi l'insolvabilité du prétendu *fraudator*. On oublierait, ce faisant, qu'avant la *venditio bonorum* il existait un moyen individuel d'exécution sur la personne, qui entraînait accessoirement exécution sur les biens, la *manus iniectio*, et qu'un débiteur malhonnête pouvait aliéner des biens en fraude des droits du créancier qui allait mettre la main sur lui. Le *manus iniciens* disposait probablement de quelques sanctions contre ces aliénations frauduleuses. Nous supposons qu'il pouvait poursuivre les tiers par l'action *furti*, et se faire délivrer contre eux l'interdit fraudatoire.

rante, le *fraudator* (Lucius Titius dans l'Edit). C'est au *fraudator*, en effet, qu'on doit restituer, c'est dans son patrimoine que le bien aliéné doit retomber. Comment restituerait-on aux créanciers ce qu'ils n'ont jamais eu?

[1] La *venditio bonorum* a été créée par P. Rutilius Rufus (Gaius, IV, 35), au plus tard en 638 (= 118). Girard, *la Date de la loi Æbutia*. N^lle *Rev. Hist. de Droit*, XXI (1897), pp. 272-275, et *Mélanges de droit romain*, I (1912), pp. 91-94.

[2] Sur ces interdits, voy. le titre correspondant du *Digeste* (43, 30).

[3] L'interdit devait être plus avantageux que l'action *furti nec manifesti* à raison de son caractère restitutif et de sa plus grande célérité : vis-à-vis de *fraudatores*, la prudence veut qu'on agisse vite et qu'on tâche de reprendre en nature les choses aliénées plutôt que d'attendre une prestation pécuniaire problématique. En outre, l'action *furti* a dû cesser de s'appliquer aux aliénations d'immeubles à partir du moment où la théorie du *furtum* immobilier a été battue en brèche.

14

Ce n'est pas seulement dans le *Pro Roscio comoedo* que nous trouvons les mots *fraus* et *furtum* liés l'un à l'autre[1]. Nous verrons que Sabinus rattachait étymologiquement *furtum* à *fraus*, et que Paul définissait le *furtum : contrectatio rei fraudulosa*. Enfin nous rencontrons encore dans la collection des lettres de Cicéron, bien que sous la plume de son frère, une expression un peu énigmatique, qui nous paraît s'expliquer aussi par la parenté du *furtum* et de la *fraus*. C'est l'expression *furtum cessationis :*

Quintus Tullius Cicero, dans un billet un peu maniéré[2] adressé à Tiron, gronde affectueusement son correspondant, qui ne lui écrit plus :

Plane te rogo, sicut olim matrem nostram facere memini, quae lagenas etiam inanes obsignabat, ne dicerentur inanes aliquae fuisse, quae furtim essent exsiccatae, sic tu, etiamsi quid scribas non habebis, scribito tamen, ne furtum cessationis quaesivisse videaris. Valde enim mi semper et vera et dulcia tuis epistolis nuntiantur[3].

Il est assez malaisé d'entendre ce langage dépourvu de naturel et de simplicité; et nous ne savons pas si l'on a jamais expliqué clairement le passage que nous venons de rapporter[4]. Voici le sens qui nous paraît le moins forcé.

Notre mère avait autrefois, dit Quintus Cicero, l'habitude de

[1] Très nombreux sont les textes qui rapprochent les mots *fraus* et *furtum*. Citons entre autres Plaut., *Pseud.*, v. 365 (I, 3, 130) : Fur... Fugitive... Fraus populi; Senec., *Agam.*, 207 : Fraude et furto aggredi aliquem; Ovid., *Met.* XIII, 32; Martial., I, 87, 7; Apul., *Metam.*, X, 14 15 : furatis clanculo partibus, nullam se prorsus fraudem, nullam denique subreptionem facitasse (il s'agit d'un débat entre coassociés); Serv., *In* Verg., *En.*, VIII, 263. *Supra*, p. 314. Gloss. *Corp. gloss. latin.*, IV, 345, 48 : Furto decipit fraudat. Il y a des textes dans lesquels les éditeurs ont arbitrairement substitué *furari* à *fraudare* (p. ex. *Dig.*, 47, 2, fr. 25, 2, dans lequel la *Florentine* donne la leçon *fraudandi*).

[2] Quintus Cicero usait habituellement d'un style assez flamboyant et prétentieux. Cf. le jugement de son frère (*De orat.*, 2, 3, 101) : Quid tua potest oratione aut subtilius aut ornatius esse?

[3] Cic., *Ep. ad familiares*, 16, 26, 2.

[4] Cf. l'interprétation de Tyrrell et Purser, *The correspondance of M. Tullius Cicero arranged according to its chronological order* (I-VII, 1885-1901), VI (1899), p. 52.

cacheter même les bouteilles vides. De la sorte une bouteille bue à la dérobée par un esclave se reconnaissait immédiatement, car le voleur, ne disposant pas du cachet familial pour la sceller comme les autres, ne pouvait pas dire que la bouteille avait toujours été vide. Ainsi, ajoute-il, même si vous n'avez rien à m'apprendre, ne laissez pas de m'écrire régulièrement; sinon on vous soupçonnerait d'avoir voulu faire faillite à vos engagements : car les nouvelles que m'apportent vos lettres sont toujours véridiques et agréables.

Dans la proposition « ne furtum cessationis quaesivisse videaris », il y a deux mots difficiles à analyser : *quarere* et *cessatio*.

Quaerere furtum a un sens technique que nous connaissons : *rechercher une chose volée*. Ce sens ne cadre pas ici, semble-t-il, avec le contexte. Nous sommes plus naturellement amenés à prendre *furtum* dans son sens abstrait de *délit de vol* et, par suite, à traduire *quaerere furtum* par *tenter de voler, chercher à voler, vouloir voler*[1].

Cessatio peut aussi se prendre dans deux acceptions : 1° Une acception large et vague : paresse, négligence, oisiveté, omission. On traite parfois de *cessatio* la négligence d'un correspondant qui n'écrit point[2]. Mais ce n'est peut-être qu'une métaphore, et l'on veut dire que ce correspondant ne s'acquitte pas de ce qu'il doit. 2° Cela nous amène à l'acception plus étroite et plus technique de *cessatio* : on appelle en effet *cessatio* dans la langue du droit le fait d'un débiteur qui n'accomplit pas son obligation[3]. On parle très fréquemment de *cessare in solutione*[4], et des voies d'exécution qu'on met en mouvement contre le débiteur qui a cessé ses paiements[5] : la *cessatio* n'est souvent autre chose que le prélude

[1] C'est ainsi que Tyrrell et Purser traduisent *quaerere* (*l° c°*, n. 2) : *Furtum cessationis :* let you be suspected of having attempted the thievery of indolence.

[2] P. ex. Cic., *Ep. ad fam.*, 9, 17, 3 : Haec tibi antea non rescripsi : non quo cessator esse solerem, praesertim in litteris...

[3] Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], V° *Cessare*, 3, p. 67. D'une façon générale, voy. les mots *cessatio* et *cesso* dans le *Thesaurus linguae latinae*, III, c. 956-957 : 957-963. Les jurisconsultes classiques qualifient souvent de *cessatio* la négligence du tuteur qui ne prend pas en mains la gestion des intérêts du pupille (Heumann-Seckel, *l° c°*, V° *Cessatio*, 2).

[4] Voy. les textes cités par Heumann-Seckel, V° *Cessare*, 3.

[5] P. ex. Scaevola, *l. I Responsorum. Dig.*, 20, 5, fr. 11 : quaesitum est, an debitoribus cessantibus pro solido, pignus vendere quisque potest. *Cod. Iust.*, 4, 46,

de la déconfiture ou de la faillite. Cet emploi technique du mot remonte au moins au temps de Cicéron, qui y fait une allusion manifeste[1]. Et nous devons en avoir un exemple ici. Q. Tullius Cicero marque en effet une certaine prédilection, — compréhensible chez un ancien préteur, — pour les badinages juridiques. Ainsi le billet que nous étudions débute par une allusion à la peine méritée par Tiron pour avoir expédié un courrier sans y joindre une lettre personnelle :

Non potes effugere huius culpae pœnam, te patrono. Marcus est adhibendus; isque... vide ut probare possit te non peccasse[2].

Un autre billet, du même Q. Cicero au même Tiron, et placé immédiatement après le nôtre dans la collection des *Epistolae ad familiares*, semble aussi faire allusion au châtiment de la *cessatio* :

Mirificam mi verberationem cessationis epistola dedisti[3].

Ne nous étonnons pas de voir la *verberatio* en cette affaire : il s'agit probablement de la *flagitatio*, — qui fut d'abord une poursuite à coups de fouet avant d'être une réclamation bruyante[4], — et qui constitua l'un des premiers moyens dont disposèrent les créanciers pour obtenir satisfaction de débiteurs récalcitrants[5]. Quintus Cicero feint de croire qu'un correspondant *qui cessat* peut s'y exposer. Il prend, bien entendu, le mot *verberatio* à la fois dans son sens propre et dans son sens figuré.

const. 1 (const. de l'empereur Caracalla?) : Venditionem ob tributorum cessationem factam...

[1] Cic., *Ep. ad. Quint. fratrem*, 3, 5 (6), 7 : Quatuor tragœdias XVI diebus absolvisse cum scribas, tu quidquam ab alio mutuaris? et ΠΛΕΟΣ quaeris, cum *Electram* et *Troadam* scripseris? Cessator esse noli, et illud γνῶθι σεαυτόν noli putare ad arrogantiam minuendam solum esse dictum, verum etiam ut bona nostra norimus. Ce passage contient des allusions juridiques évidentes. Pourquoi emprunter, dit Cicéron, en parlant des œuvres littéraires de son frère (Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2², p. 409), quand tu es au-dessus de tes affaires? Ne te comporte pas en insolvable; le précepte *connais-toi toi-même* a été formulé non seulement pour rabaisser notre présomption, mais aussi pour nous éclairer sur l'état de notre patrimoine = *bona nostra*.

[2] Cic., *Ep. ad fam.*, 16, 26, 1.

[3] Cic., *Ep. ad fam.*, 16, 27, 1.

[4] Sur cette question, voy. surtout Usener, *Italische Volksjustiz*, *Rheinisches Museum*, LVI (1901), pp. 1-28; Huvelin, *la Notion de l'injuria dans le très ancien droit romain* (*Mélanges Appleton*, 1903), pp. 51-58.

[5] Pour le droit comparé, voy. Glotz, *la Solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, 1904, p. 26. Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, 1883, pp. 48 et sqq.

Revenons à l'expression *furtum cessationis*. Les indices que nous venons de relever, et la jonction même des deux mots *furtum* et *cessatio*, nous inclinent à penser que *furtum cessationis* est une expression juridique toute faite. Il est vrai que nous n'en avons pas d'autre exemple. Mais la plaisanterie de Quintus Cicero n'a de sel qu'à ce prix. Reste à conjecturer le sens possible de l'expression.

Le génitif *cessationis* est assez embarrassant : les génitifs que nous avons rencontrés après *furtum* sont ordinairement des génitifs d'objet (*furtum rei*, *furtum possessionis*, etc.). Ici, il faut supposer qu'il s'agit d'un génitif explicatif indiquant la forme ou la cause du fait exprimé par le mot auquel il se rapporte [1]. De même que *damnum iniuriae* signifie *damnum iniuria datum*, *furtum cessationis* signifie *furtum cessatione factum;* c'est le vol résultant de ce qu'un débiteur ne veut pas payer, ou s'arrange pour ne pas payer. On pourrait soupçonner ici Tiron de *furtum cessationis* parce qu'il est ordinairement bon payeur en tant que correspondant : « valde enim, explique Q. Cicero, mi semper et vera et dulcia tuis epistolis nuntiantur ». S'efforcer de ne pas payer, par exemple en détournant ou en dissimulant une partie de son actif, c'est donc commettre un *furtum cessationis* [2].

Par cette interprétation nous découvrons le lien qui unit le *furtum cessationis* à la *fraus creditorum* : c'est à peu près le même que celui qui unit aujourd'hui la théorie de la banqueroute frauduleuse à la théorie de l'action paulienne. Il nous suffira d'indiquer cette idée, ne pouvant en pousser l'analyse plus loin sur le seul fondement de notre texte.

15

Nous n'avons pas épuisé l'énumération des passages de Cicéron où se rencontrent les mots *fur* ou *furtum*. Nous devons encore

[1] En ce sens, Tyrrell et Purser, *l° c°*, p. 52, n. 2. Ils font remarquer que ce génitif est familier à Cicéron, et renvoient à *Ep. ad Att.*, 16, 3, 3 (Cumulus commendationis). Sur le génitif explicatif, voy. par exemple Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*², 1908, pp. 101-102; Riemann et Goelzer, *Grammaire comparée du grec et du latin. Syntaxe*, Paris, 1897, pp. 118-120.

[2] Cf. l'interprétation de Tyrrell et Purser : Ne laissez pas de m'écrire, pour que je sois sûr que, par paresse, vous ne me dérobez pas certaines nouvelles — « pour qu'on ne puisse vous suspecter d'avoir volé des vacances » dans vos fonctions de correspondant.

rapporter, — indépendamment de certains textes insignifiants qu'il nous suffira de mentionner pour mémoire[1], — quelques témoignages intéressants par quelque côté pour l'histoire des mœurs ou pour l'histoire de la procédure.

Comme traits de mœurs à retenir, nous noterons l'existence d'associations de voleurs, constituées avec des lois rigoureuses, et rigoureusement observées.

Cicéron, *De officiis*, II, 11, 40 :

Iustitia ad rem gerendam necessaria est, cuius tanta vis est, ut ne illi quidem, qui maleficio et scelere pascuntur, possint sine ulla particula iustitiae vivere. Nam qui eorum cuipiam, qui una latrocinantur, furatur aliquid aut eripit, is sibi ne in latrocinio quidem relinquit locum, ille autem, qui archipirata dicitur, nisi aequabiliter praedam dispertiat, aut interficiatur a sociis, aut relinquatur. Quin etiam leges latronum esse dicuntur, quibus pareant, quas observent. Itaque propter aequabilem praedae partitionem et Bardulis Illyrius

[1] Le moins insignifiant serait le passage d'une longue lettre à P. Lentulus, où Cicéron qualifierait de *furta muliebrium religionum* les scandaleuses intrusions de P. Clodius dans les cérémonies de la Bonne Déesse (Cic., *Ep. ad fam.*, I, 9, 15). Mais la leçon *furta* paraît abandonnée maintenant, au profit de la conjecture *furia* proposée pour la première fois par Victorius. Cependant Tyrrell et Purser (II, p. 172, n. 15) écrivent encore : Ille fur (= Clodius) muliebrium religionum. Mentionnons de même, sans y insister, les textes suivants : Cic., *Pro Sex. Roscio*, 20, 56 (oies et chiens employés au Capitole pour faire bonne garde contre les voleurs) ; *De orat.*, 2, 54, 220 (bon mot de Q. Lutatius Catulus, le vainqueur des Cimbres, en réponse à une interpellation malsonnante de L. Marcius Philippus, préteur 656 = 98, cos. 663 = 91 : A Philippo interrogatus, quid latraret, « furem se videre » respondit Catulus) (Meyer, *Orat. roman. fragm.*², p. 327); *De domo*, 19, 48 (furem ac sicarium reperire); *In Pisonem*, fr. 4 (homo furacissimus); 30, 74 (furacissimae manus : *Tuscul. disput.*, II, 10, 23 (quem dolorem Prometheus) excipit ob furtum Lemnium : c'est le vol du feu par Prométhée. Le mythe de Prométhée est intéressant à étudier pour la préhistoire de la κλοπή); *De offic.*, 3, 18, 73 (neque enim de sicariis, veneficis, testamentariis, furibus, peculatoribus, hoc loco disserendum est); *De orat.*, 2, 61, 248 : Ridiculum est illud Neronianum, vetus in furace servo, solum esse, cui domi nihil sit nec obsignatum nec occlusum; *De orat.*, 2, 66, 268 : P. Cornelius homo avarus et furax; *De orat.*, 2, 62, 252 : Alterum genus est imitatione; admodum ridiculum, sed nobis tantum licet furtim, si quando; et cursim. Voy. aussi Ateior ad Herennium, IV, 51, 65 (allusion aux portraits « amatoris, luxuriosi, furis, quadruplatoris » que l'orateur peut parfois avantageusement placer dans ses ouvrages); de même II, 56, 41 (nihilo magis quadruplatoris quam furis, quam sicarii aut praedatoris attulerit defensionem), et *ibid.* (Item vitiosum est pro argumento sumere, quod in disputatione positum est : ut si quis quem furti arguat et dicat eum esse hominem improbum, avarum, fraudulentum; ei rei testimonium esse, quod sibi furtum fecerit).

< latro >, de quo est apud Theopompum, magnas opes habuit... Cum igitur tanta vis iustitiae sit, ut ea etiam latronum opes firmet atque augeat, quantam eius vim inter leges et iudicia et in constituta re publica fore putamus?

Dans les sociétés de voleurs on s'entend à faire l'éducation des néophytes. Cicéron parle de la *furis atque divisoris disciplina*[1]. Sans doute leur apprend-on à cacher et à écouler les fruits de leur industrie, et, notamment, à enlever aux objets volés les marques qui les pourraient faire reconnaître[2].

Cicéron, *De fin. bon. et mal.*, 5, 25, 74 :

Ei quidem *(i. e.* stoïci) non unam aliquam aut alteram rem a nobis, sed totam ad se nostram philosophiam transtulerunt. Atque, ut reliqui fures earum rerum, quas ceperunt, signa commutant, sic illi, ut sententiis nostris pro suis uterentur, nomina tamquam rerum notas mutaverunt.

Ce texte apporte une petite contribution à l'étude des marques romaines de propriété *(signa, notae),* dont il constitue pour nous la première mention[3].

En ce qui concerne la répression du *furtum*, nous trouvons chez Cicéron des allusions : 1° A la distinction du vol flagrant et du vol non flagrant, et à la *deprehensio* du *fur manifestus :*

In Verr., Actio II^a^, 2, 59, 144 :

Desine, quaeso, simulare te, cum in manifestissimo furto teneare, gloriae studiosum ac monumentorum fuisse.

Ibid., 3, 45, 107 :

Ita te non modo publicis tenebo, sed etiam privatis aratorum pactionibus ac litteris, ut intelligas non te diligentiorem in faciundis fuisse furtis quam me in deprehendendis.

Ibid., 3, 60, 137 :

Teneo, teneo, inquam, in mediis vectigalibus populi Romani, in ipsis fructibus provinciae Siciliae furem, manifesto averten-

[1] Cic., *In Verr.*, Act. II^a^, 3, 69, 161.

[2] Cf. Esmein, *les Coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains. N^lle^ Rev. Hist. de Droit*, XXV (1901), p. 135.

[3] Voy., en dernier lieu, Perdrizet, *la Miraculeuse Histoire de Pandare et d'Echédore, suivie de recherches sur la marque dans l'antiquité. Archiv für Religionswissenschaft*, XIV (1911), pp. 54-129, notamment pp. 62 et sqq. (Marques pour le bétail et pour les esclaves).

tem rem frumentariam omnem, pecuniam maximam; teneo, inquam, ut negare non possit.

2° A la suite du voleur à la trace :

Ibid., 4, 24, 53 :

Et si quaeritis, ut ipse de me detraham, illos ego accusatores puto fuisse, qui eius modi hominum furta odore aut aliquo leviter presso vestigio persequebantur.

3° A la perquisition domiciliaire pour vol :

In Catilin., 3, 7, 17 :

Quae nunc illo absente (*sc.* Catilina) sic gesta sunt, ut nullum in privata domo furtum unquam sit tam palam inventum quam haec tanta in re publica coniuratio manifesto inventa atque deprehensa est[1].

4° A l'exercice de l'action de vol :

I. *Pro Cluentio*, 59, 163.

Entre autres griefs que l'on produit contre son client Cluentius, Cicéron mentionne et réfute le grief suivant :

« Ennium esse quendam, cuius bona teneat Habitus ». Est hic Ennius egens quidam calumniator, mercennarius Oppianici, qui permultos annos quievit : deinde aliquando cum servis Habiti furti egit : nuper ab ipso Habito petere cœpit. Hic illo privato iudicio, mihi credite, vobis isdem fortasse patronis, calumniam non effugiet.

Ainsi Ennius avait intenté d'abord une action privée « cum servis Habiti » : il s'agit sans doute d'une action noxale dirigée contre Cluentius : après quoi il avait agi contre Cluentius en son nom propre.

II. Fragment de l'*Oratio in senatu... contra C. Antonium et L. Catilinam competitores*, rapporté par Asconius[2].

Cicéron invective Q. Mucius Orestinus (trib. pleb. 690 = 64), qui favorise son compétiteur Catilina :

Cum te furti L. Calenus ageret, me potissimum fortunarum tuarum patronum esse voluisti. Cuius tu consilium in tua turpissima causa delegisti, hunc honestissimarum rerum defensorem populus Romanus auctore te repudiare potest? Nisi forte hoc dicturus es, quo tempore a L. Caleno furti delatus sis, eo tempore in me tibi parum auxilii esse vidisse.

[1] Cf. Cic., *In Catilin.*, 5, 12 : Naves furtariae [illegible]

[2] Ed. Orelli, Baiter et Halm, IV, p. 94[illegible]

Il s'agit probablement là d'une action privée de vol ; si l'expression *furti deferre* paraît s'appliquer à une *quaestio*[1], et fait songer à un procès public pour *repetundae*[2], l'expression *furti agere* s'applique mieux à une action privée. C'est cette même expression, prise dans le même sens, que nous avions déjà trouvée dans la lettre à Trebatius (7, 22).

III. *Pro Flacco*, 18, 43 :

Pari felicitate legatus una venit Nicomedes, qui nec in senatum ulla conditione pervenire potuit et furti et pro socio damnatus est.

C'est sans doute parce que Nicomedes avait succombé dans des actions entraînant l'infamie qu'il n'avait pu entrer au Sénat.

IV. Plusieurs autres textes se réfèrent aussi au caractère infamant de la condamnation sur l'action *furti*[3].

Pro Sex. Roscio Amerino, 38, 111 :

In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium, non minus turpe quam furti.

Ce texte établit que le *iudicium furti* est l'action infamante par excellence[4], puisque c'est à elle qu'on compare sous ce rapport l'action de mandat[5].

[1] C'est l'expression technique pour les *quaestiones* en général, et pour la *quaestio repetundarum* en particulier. Cic., *Divin. in Caecilium*, 3, 10; *Loi Acilia repetundarum*, l. 19 (Girard, *Textes*[4], p. 36).

[2] Au dire d'Asconius, Fenestella aurait également attribué à Cicéron la défense de Catilina dans une précédente affaire de *repetundae*. Et l'on pourrait conclure, du parallélisme qu'il semble établir entre les deux procès, que Q. Mucius Orestinus avait lui-même été poursuivi pour *repetundae*. Mais l'idée de Fenestella est finalement écartée par Asconius, qui démontre que jamais Cicéron n'a été l'avocat de Catilina.

[3] L'action *furti* entraîne l'infamie. Voy. *L. Iulia municipalis*, l. 110; *Fragm. Atest.*, l. 3-4; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, pp. 754, 5-9 et 997 (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, pp. 59, 2-6 et 349). La *quaestio repetundarum* l'entraîne pareillement (Auctor ad Herennium, I, 11, 20) : aussi ne pouvons-nous tirer aucun parti des mots *in turpissima causa* dans l'*Oratio... contra C. Antonium (supra*, p. 481, n. 2), pour décider si Cicéron parle d'une action *furti* ou d'une *quaestio repetundarum*.

[4] Nous rechercherons ailleurs la raison historique de cette manière de voir. Peut-être à Rome, comme dans d'autres civilisations, le voleur était-il originairement *marqué* (au fer rouge). Cf. Perdrizet, *l° c°*, pp. 89 et sqq.

[5] Il ne nous appartient pas d'examiner ici les informations qu'on peut tirer de ce texte pour l'histoire de la responsabilité contractuelle du mandataire. Voy. sur

Pro Cluentio, 42, 119-120 :

Hic illud primum commune proponam, numquam animadversionibus censoriis hanc civitatem ita contentam ut rebus iudicatis fuisse... Quod si illud iudicium putaretur, ut ceteri turpi iudicio damnati in perpetuum omni honore ac dignitate privantur, sic hominibus ignominia notatis neque ad honorem aditus neque in curiam reditus esset. Nunc si quem Cn. Lentuli aut L. Gellii libertus[1] furti condemnarit, is omnibus ornamentis amissis numquam ullam honestatis suae partem recuperabit : quos autem ipse L. Gellius et Cn. Lentulus, duo censores, clarissimi viri sapientissimique homines, furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt, ii non modo in senatum redierunt, sed etiam illarum ipsarum rerum iudiciis absoluti sunt.

Cicéron oppose ici les effets de la *nota censoria* aux effets de la condamnation infamante. Seule, dit-il, la condamnation infamante, par exemple pour vol, entraine l'exclusion du Sénat. La *nota censoria* n'a pas le même effet. Des hommes flétris par le censeur pour vol et exactions sont restés sénateurs, et ont même été renvoyés absous des poursuites engagées contre eux de ce chef.

Nous remarquerons que ces témoignages de Cicéron sont les plus anciens de ceux qui nous renseignent sur le caractère infamant de l'action *furti*. Le *Pro Roscio Amerino* date de 674 (= 80[2]) ; le *Pro Cluentio* date de 688 (= 66[3]). Or, c'est seulement en 709 (= 45), dans la loi *Iulia municipalis* (l. 108-110), qu'apparait une autre mention de l'infamie attachée à l'action *furti*[4] :

Quae municipia coloniae praefecturae fora conciliabula c(ivium) R(omanorum) sunt erunt, nei quis in eorum quo municipio | colonia praefectura foro conciliabulo in senatu decurionibus conscripteisque esto, neve quoi ibi in eo ordine || sentemtiam deicere ferre

ce point Mitteis, *Röm. Privatrecht*, I, pp. 325-327 ; Segni, *Sull' età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno. Studi... in onore di Carlo Fadda*, VI, p. 364, n. 2.

[1] On remarquera que ce passage suppose qu'au temps où Cicéron prononçait le *Pro Cluentio* (688 = 66), l'action *furti* était déjà renvoyée devant un *iudex unus*. Cela ruine l'hypothèse de M. Von Velsen, *Beiträge zur Geschichte des edictum praetoris urbani*, Leipzig, 1909, pp. 30-32, d'après laquelle elle aurait été renvoyée alors devant des récupérateurs.

[2] Schanz, *G. der röm. Litteratur*, I, 2[2], pp. 235-236.

[3] Schanz, *l. c.*, p. 247.

[4] Girard, *Textes*[5], p. 87.

liceto, quei furtei quod ipse fecit fecerit condemnatus pactusve est erit.

Suit une longue énumération d'autres actions infamantes : ici comme chez Cicéron, l'action *furti* est l'action infamante type ; c'est elle que la loi met à la première place[1]. La disqualification que prévoit la loi Iulia a pour principale conséquence l'exclusion de la curie municipale[2]. Elle atteint uniquement l'homme qui a été condamné ou qui a transigé pour un vol personnel *(quod ipse fecit fecerit)*. Un maître qui aurait été condamné *noxaliter* ou qui aurait transigé pour le vol de son esclave échapperait à l'infamie.

[1] Cf. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 143.

[2] Cf. Sen. Rhet., *Controv.*, X, 6 : Fur contione prohibeatur. Sprenger, *Quaestiones in rhetorum romanorum declamationes (Diss. philol. Halenses)*, 1911, p. 219.

CHAPITRE XII

SERVIUS SULPICIUS ET SON ÉCOLE

§ 1. La classification quadripartite des *genera furtorum*. — § 2. Cette classification se fonde exclusivement sur la terminologie des préceptes des Douze Tables. — § 3. La règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi* chez Servius. — § 4. Le *furtum* résultant : A. Du fait de recevoir sciemment une chose engagée ou vendue *a non domino*. B. Du fait de recevoir sciemment l'indû. *Dig.*, 12, 6, fr. 36 ; 41, 3, fr. 34. — § 5. *Dig.*, 12, 5, fr. 9, pr. — § 6. L'élément matériel du *furtum*. L'école servienne le définit comme le faisaient les *veteres*. — § 7. L'action *servi corrupti*. — § 8. L'action *operis aversi*. — § 9. Texte sur l'action *furti* noxale. *Dig.*, 6, 1, fr. 58.

Nous réunissons ici au grand jurisconsulte Servius Sulpicius Rufus (cos. 703 = 51) deux de ses principaux élèves, Alfenus Varus (cos. 715 = 39) et Aulus Ofilius (contemporain et ami de Cicéron) — auteurs de quelques textes touchant à la matière du *furtum* — tant à cause de la remarquable unité des tendances doctrinales de ces jurisconsultes, qui forment vraiment une école, qu'à cause de la difficulté qu'on éprouve à séparer, dans les débris de leurs œuvres, la contribution propre des disciples et l'enseignement du maître[1]. A vrai dire, l'influence de Servius paraît avoir été prépondérante. L'unité de l'école s'expliquerait difficilement sans l'inspiration décisive d'un esprit supérieur.

1

Servius s'est beaucoup occupé de la théorie du *furtum*. Jusqu'ici les auteurs ne nous avaient fourni que des solutions d'espèces, des *responsa*. Q. Mucius seul, et certains *veteres* anonymes, commençaient à formuler des préceptes généraux abstraits, des *regulae*,

[1] P. Krüger, *Quellen*², p. 71 ; Bremer, I, pp. 160-161 ; Gneist, dans *Göttingelehrte Anzeige*, 1910, p. 254 ; Vernay, *Servius et son école*, pp. 39 et suiv. (pour Alfenus). Ofilius a peut-être manifesté plus d'originalité et d'indépendance (Vernay, p. 43), mais cela n'apparaît pas dans ses théories sur le *furtum*.

Mais solutions et préceptes restaient épars et sans liens. Avec Servius nous touchons aux premiers efforts de classification et de systématisation. Selon Gaius en effet, c'est Servius qui a le premier proposé une classification des *genera furtorum :*

Furtorum autem genera Ser. Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum[1].

Nous connaissons assez les procédés de composition des jurisconsultes romains pour admettre que, si Gaius citait Servius en première ligne parmi les jurisconsultes qui admettaient la division quadripartite des *genera furtorum*, c'est parce que ce prudent passait pour l'avoir l'avoir imaginée. Mas. Sabinus la lui avait sans doute empruntée. Q. Mucius ne devait connaître qu'une sorte de *furtum*[2], ou, pour parler plus exactement, il n'avait pas examiné la question de savoir s'il en existait plusieurs[3].

Telle quelle, la classification de Servius manque d'ailleurs de cohésion et de rigueur logique. « Les divergences se chevauchent, ou bien il faut les délimiter arbitrairement. Si, en effet, Servius avait pris pour cadre le montant de la peine — c'est là le principe qui semble s'accorder le mieux avec sa classification — les actions *concepti* et *oblati* n'auraient dû constituer qu'un seul groupe : elles sont sanctionnées toutes deux par la peine du triple[4]. » On ne rendra pas mieux compte de la classification servienne en la reliant à tout autre principe[5].

Voilà un premier disparate. En voici un autre : la classification

[1] Gaius, *Inst.*, III, 183.

[2] Pernice, *Labeo*, III. p. 214, 4; Bremer, I, p. 97 et pp. 145-146.

[3] Vernay, p. 66.

[4] Vernay, pp. 66-67.

[5] Nous ne pouvons donc accepter la justification que propose Mr Vernay, p. 67 : « Mais il faut, en même temps que de la peine proprement dite, tenir compte des actions reipersécutoires qui sont autrement traitées dans les deux cas, qui existent d'un côté *(a. concepti)*, et non de l'autre *(a. oblati)*. Avec l'aide de ce correctif, les quatre catégories de *furta* se différencient nettement. » — Comment, en effet, admettre que, dans une classification d'actions pénales, on sépare l'une de l'autre deux actions parce qu'elles sont données dans deux hypothèses traitées différemment au point de vue reipersécutoire? Distinguerait-on, par exemple, l'action *furti* dirigée contre l'auteur principal de l'action *furti* dirigée contre le complice, en se fondant sur ce que la *condictio ex causa furtiva* est donnée contre le premier, et ne l'est pas contre le second?

servienne réunit des notions qui ne présentent pas le même degré d'abstraction. Le mot *furtum* y désigne tantôt une chose, et tantôt un acte.

En effet, *furtum*, comme notre mot français larcin[1], a deux sens : 1° un sens concret : chose volée[2]; 2° un sens abstrait : délit de vol. L'acception abstraite domine à l'époque classique, alors qu'on définit le *furtum* comme une *contrectatio*, c'est-à-dire comme un acte. Mais, dans les plus anciens monuments juridiques, et dans la terminologie des *veteres*, c'est l'acception concrète qui l'emporte : *furtum* équivaut à peu près à *res furtiva*. On ne retiendra ici que les plus frappants parmi les témoignages qui proviennent de sources anciennes[3]. Il y a d'abord toute la masse des textes où figurent les expressions *furtum conceptum* et *furtum oblatum*, dans lesquelles *concipere* et *offerre* ne peuvent avoir qu'une signification concrète. On ne saisit pas (= *concipere*), on n'apporte pas chez autrui (= *offerre*) un délit de vol. Transcrivons seulement les passages suivants, analysés déjà pour la plupart à une autre place :

Gaius, III, 186 :

Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit.

Gaius, III, 188 :

Furtum quaerere volentem...

Paul Diacre :

Qui furtum ibat quaerere[4]...

Paul, *Sent.*, II, 31, 22 :

[1] Littré, *Dictionnaire de la langue française*, III, p. 254.

[2] On a souvent souligné cette acception concrète de *furtum*. Voy. entre autres Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[7], 1907, p. 206; Hitzig, v° *Furtum*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*; Van der Horst, *De furtis ex XII Tabularum* Amstelodam, 1845, p. 15, n. 2. Schumann, *Litis contestatio, studien zum römischen Zivilprozess*, Leipzig, 1907, p. 195. Les exemples de *furtum* dans le sens de chose volée sont trop abondants pour qu'on ait besoin de les citer tous. Mentionnons seulement deux textes particulièrement significatifs. Cic., *In Verr.*, II, 2, 70, 171 : furta, quae sine portorio Syracusis erant exportata. Ovid., *Fast.*, I, v. 560 : Mugitum rauco furta dedere sono (il s'agit des bœufs volés par Cacus).

[3] Voy. Alfenus Varus cité par Paul., *Dig.*, 19, 5, 14, 30 (emploi de *furtum* dans le sens de *racheter une chose volée* (donnée en gage).

[4] Pauli Diac., éd. M., p. 117; éd. Th., p. 84.

Qui furtum quaesiturus est, antequam quaerat, debet dicere quid quaerat, et rem suo nomine et sua specie designare.

Gaius, III, 187 :

Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit...

Paul, *Sent.*, II, 31, 3 :

Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum et inventum est.

Paul, *Sent.*, II, 31, 5 :

Concepti is agere potest, qui rem concepit et invenit.

Les expressions *furtum conceptum*, *furtum oblatum* s'appliquent donc à des choses concrètes.

L'expression *furtum manifestum* s'emploie aussi, pendant longtemps, dans une acception concrète. *Furtum manifestum* signifie littéralement chose volée (= *furtum*) qu'on touche de la main (= *manifestum*[1]). D'après Sabinus, nous le verrons, le *furtum manifestum* est celui *quod deprehenditur dum fit*[2]. Sabinus ajoute :

Faciendi finis est, cum perlatum est quo ferri cœperat[3].

Ainsi le *furtum manifestum* est une chose que l'on porte. C'est aussi une chose que l'on trouve.

Gaius, III, 192 :

Qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

Le témoignage de Sabinus établit même, chose plus surprenante, que l'expression *furtum facere* n'a pas nécessairement un sens abstrait, et qu'elle signifie faire une chose furtive avant de signifier commettre un délit de vol. Cependant la jonction fréquente, dès une époque ancienne[4], de *furtum* à des verbes exprimant une action, tels que *facere*, *committere*, nous atteste néanmoins une tendance à prendre ce mot dans des sens moins concrets. Si l'acception concrète prévaut encore tant qu'on exige,

[1] On rattache, avec assez de vraisemblance, *mani-festus* à *manu fendere* (=*pousser*. Cf. *offendere*, *defendere*, *infestus*). Mommsen. *R. Strafrecht*, p. 750, 5 (*Dr. pén. romain*, tr. Duquesne, III, p. 54).

[2] *Infra*, c. xvi, § 5.

[3] Gell., *N. A.*, XI, 18, 11.

[4] Voy. les textes cités pp. 22 (*Si nox furtum factum sit...*); 98 (*Si servus furtum faxit...*); 123 (*Furtum non facies...*); 346 (*Qui furtum admittit...*); etc.

pour qu'il y ait flagrant délit, la saisie (*deprehensio*) de l'objet volé, et tant que, par là, le *furtum conceptum* et le *furtum manifestum* se rejoignent, elle tend à s'effacer lorsque l'on se contente de la *deprehensio* du voleur : c'est ce qui arrive à l'époque classique. L'expression *furtum manifestum*, vidée insensiblement de son contenu concret, prend l'acception abstraite de délit de vol (= *furtum*) flagrant (= *manifestum*).

L'expression *furtum nec manifestum* affecte dès l'origine un sens plus nettement abstrait. Le *furtum nec manifestum*, c'est, au pied de la lettre, le *furtum* indépendant de toute *deprehensio*; c'est l'objet volé (= *furtum*) qu'on n'a pu appréhender (= *nec manifestum*). Pour obtenir satisfaction, le plaignant ne s'appuie pas sur la saisie du corps du délit, il doit prouver en justice un fait délictueux d'autrui.

Paul, *Sent.*, II, 31, 2 :

Nec manifestus fur, qui in faciendo quidem deprehensus non est, **sed eum furtum fecisse negari non potest.**

Le *furtum manifestum* existe en dehors de tout acte de procédure, judiciaire ou extrajudiciaire ; le *furtum nec manifestum* n'existe qu'autant qu'il fait l'objet d'une plainte. Les Douze Tables ne mentionnent pas, pour le *furtum manifestum*, que la victime doive élever une réclamation quelconque. Au contraire, pour le *furtum nec manifestum*, elles ne s'occupent que de la réclamation : « Si adorat furto, quod nec manifestum erit[1]... » Dans l'expression archaïque *adorare furto*, comme dans l'expression plus récente *agere furti*, le mot *furtum* désigne un acte, et non une chose matérielle.

2

Ainsi, dans sa classification des *genera furtorum*, Servius rapproche des concepts qui ne sont pas de même nature[2]. Certes ce jurisconsulte a pu commettre quelques maladresses en maniant une méthode qu'il inaugurait[3]. Néanmoins on admettra diffici-

[1] *Supra*, p. 72.

[2] Accarias, *Précis de droit romain*[4], II, p. 464, 1.

[3] Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 24. Il nous paraîtrait difficile de dire de Servius ce que M. Lenel a dit de Q. Mucius (à propos de ses essais de classification), qu'il « n'y attachait pas d'importance » (*Sabinussystem*, pp. 14-15). Et peut-être n'est-ce pas tout à fait vrai de Q. Mucius lui-même.

lement qu'il ait entendu édifier pareille construction sur des bases purement logiques. Bien plutôt il l'a édifiée empiriquement, en partant de la lettre de certains préceptes de droit positif. Usant d'un procédé fréquemment employé dans les classifications de son époque, il a érigé en *genera furtorum* toutes les applications du *furtum* auxquelles la loi des Douze Tables donnait des dénominations différentes [1].

Cette allégation implique la démonstration préalable des deux propositions suivantes : 1° la classification de Servius se fonde sur des préceptes de droit civil, et non sur des préceptes de droit prétorien; 2° Servius avait effectivement pu trouver dans les Douze Tables les matériaux terminologiques qui, juxtaposés, sont devenus les branches de sa classification.

1° La classification de Servius ne se réfère qu'aux préceptes de droit civil relatifs au *furtum*. C'est là une proposition importante, qui met en cause la date des édits prétoriens sur la matière. Nous n'avons qu'un seul argument pour l'appuyer. Il se tire de ce fait que ni Servius ni Sabinus n'ont songé à classer le *furtum prohibitum* et le *furtum nec exhibitum* parmi les *genera furtorum*. Or l'Edit seul s'occupait du *furtum prohibitum* et du *furtum nec exhibitum;* les Douze Tables n'en disaient rien [2]. Mais cette constatation peut s'interpréter de deux façons opposées. *A*. Ou bien Servius n'a classé que les *furta* civils : et alors sa classification ne préjuge aucunement de l'existence ou de la non-existence, au temps où ce jurisconsulte écrivait, des *furta* prétoriens. *B*. Ou bien Servius a classé tous les *furta* existant de son temps, les *furta* civils (comme le *furtum nec manifestum*) avec ceux dont le caractère est plus ambigu (*furtum manifestum*, *conceptum*, *oblatum*), et dont quelqu'un ou quelques-uns pourraient être aussi bien prétoriens que civils (*furtum manifestum*, *conceptum*) et plutôt même prétoriens que civils (*furtum oblatum*) : alors sa classification ne prouverait pas sûrement que les actions *furti manifesti* au quadruple, *furti concepti* et *furti oblati* au triple existassent de son temps, bien qu'elle fournît une probabilité en ce sens; mais elle

[1] En ce sens, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 752, (*Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 57, 1).

[2] Cf. Van der Hœven, p. 16, n. 1.

établirait de manière décisive que les actions *furti prohibiti* et *nec exhibiti* n'existaient pas encore.

De ces deux partis, lequel devrons-nous suivre ? Il n'y a pas de témoignage formel en faveur de l'un ou de l'autre. Mais un indice assez fort conduit à adopter le premier[1].

Cet indice se tire d'une des découvertes les moins contestables qu'ait faites M. Beseler dans ses recherches sur l'action *ad exhibendum*[2]. Cet auteur a démontré — et l'on s'accorde assez généralement à lui donner raison sur ce point[3] — que les compilateurs ont rapporté à l'action *ad exhibendum* bon nombre de textes qui se rapportaient originairement à l'action *furti nec exhibiti*, et les ont adaptés à leur dessein à force d'interpolations[4]. Or, parmi ces textes interpolés, il s'en trouve un d'Alfenus Varus rapportant un *responsum* de Servius Sulpicius[5]. Conclusion : Servius a connu l'action *furti nec exhibiti*. S'il ne l'a pas comprise dans sa classification des *genera furtorum*, c'est apparemment parce qu'il n'a ouvert cette classification qu'aux *furta* civils.

Ajoutons que Servius n'a guère pu proposer sa classification dans les deux livres très courts[6], et excluant tout effort de généralisation[7], qu'il a écrits pour commenter l'Edit. Parmi celles de ses

[1] Ceci va à l'encontre de l'hypothèse émise par M. Kneep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 133, d'après laquelle le silence de Gaius sur l'action *furti non exhibiti* (III, 189-194) s'expliquerait parce que Gaius aurait commenté une rédaction de l'Edit antérieure à celle de Julien. Cette explication manque de base, si l'action *furti non exhibiti* existait dans l'Edit dès le temps de Servius Sulpicius.

[2] Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, 1910, pp. 1-45; II, 1911, pp. 128-137.

[3] Voy. notamment Mitteis, dans *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXXI (1910), R. A., p. 491.

[4] Beseler, I, pp. 7-8.

[5] Paul., *l. IV epitomarum Alfeni Dig.*, 10, 4, fr. 19 [illegible] quibiam consuluit an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. Respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. *Respondit* implique que le *responsum* émane de Servius (*infra*, p. 495, n. 3).

[6] *Perquam brevissimi*, dit Pomponius, *l. singulari enchiridii*, *Dig.*, 1, 2, fr. 2, 24. Vernay, p. 26.

[7] Ce qu'on peut conjecturer à la fois d'après les proportions de l'œuvre, et d'après la teneur du seul fragment certain qui nous en soit parvenu. Ulpian., *l. XXVIII ad Edict. Dig.*, 14, 3, fr. 5, 1 Karlowa, *Röm. R. G.*, I, p. 487.

œuvres où cette classification aurait trouvé place, nous hésitons entre ses *Libri ad leges duodecim tabularum*, si tant est que l'existence de cet ouvrage soit certaine[1], et ses *Reprehensa Scaevolae capita* (ou *Notata Mucii)*. Nous penchons cependant pour ce dernier : c'est bien dans un recueil où Servius rectifie, rétablit sur des bases nouvelles, ou complète la doctrine de son devancier, qu'on doit trouver cette classification que Q. Mucius ignorait[2].

2° Servius avait d'ailleurs pu puiser dans le texte même des Douze Tables les matériaux de sa classification. Nous savons de source certaine qu'on rencontrait dans les Douze Tables les expressions *furtum manifestum*, *furtum nec manifestum* et *concipere furtum*. Nous avons analysé plus haut les textes. Bornons-nous à les rappeler.

A. *Furtum nec manifestum*. Festus :

Si adorat furto, quod nec manifestum erit...

B. *Furtum manifestum ; concipere furtum*. Gaius :

Hoc... praecipit (lex) ut qui quaerere velit, nudus quaerat...; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

Aulu-Gelle :

Furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent vindicaverunt (decemviri).

C. Pour *furtum offerre*, nous n'avons d'autre garantie que le témoignage de Gaius :

Concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum tripli est.

On sait que ce passage contient des traces non équivoques d'erreur et de confusion[3]. Néanmoins, il suffit à rendre vraisemblable la présence dans les Douze Tables d'un précepte relatif au fait d'*offerre furtum*[4].

[1] Cf. Schneider, *Quaestionum de Ser. Sulpicio specimen*, 1834, pp. 78 et sqq.; Krueger, *Quellen*², p. 67, n. 30; Kipp, *Quellen*⁶, p. 103; Bremer, I, p. 228; P. F. Girard, *L'histoire des XII Tables. N^lle Rev. Hist. de droit*, XXVI (1902), p. 395, 5, et *Mélanges de droit romain*, I, p. 18, 2; Vernay, p. 28; *supra*, p. 99.

[2] *Supra*, p. 336. Cf. Vernay, p. 27, 2.

[3] *Supra*, p. 53. De même pour le texte mutilé de Paul., *Sent.*, II, 31, 14 (*supra*, p. 45), qui, d'ailleurs, ne se rattache pas expressément à la loi des Douze Tables.

[4] Mais rappelons, pour éviter toute équivoque, que ce précepte n'avait pas pour sanction une action au triple. L'action *furti oblati* au triple est, nous croyons l'avoir démontré, une action prétorienne.

3

C'est sans doute dans ses *Reprehensa Scaevolae capita* que Servius avait repris l'examen de la question, déjà résolue par Q. Mucius, de savoir si le voleur volé a l'action *furti*. On se rappelle que Q. Mucius la lui refusait, parce que, disait-il, le voleur n'avait aucun intérêt à la sauvegarde de la chose soustraite (*rem subreptam salvam esse*), c'est-à-dire parce qu'il n'était pas exposé, en la perdant, à un *damnum emergens*[1]. Servius au contraire proposait de la lui accorder, au moins dans un cas exceptionnel. C'est ce que nous apprend Pomponius (*l. XXXVIII ad Quint. Mucium*) :

... Nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem[2].

Servius accordait donc l'action au *prior fur* lorsque le propriétaire de la chose, qualifié pour agir, avait disparu, et lorsqu'on ne pouvait plus même s'attendre à ce qu'il reparût. Pour fonder cette décision, Servius devait abandonner, au moins implicitement, les bases de l'argumentation de Q. Mucius. Car, même si le *prior fur* avait pu espérer conserver la chose dont le maître avait disparu, la perte de cette chose n'aurait constitué pour lui qu'un *lucrum cessans*, et Q. Mucius aurait estimé qu'il n'avait pas intérêt à la sauvegarde de la chose. Nous tenons donc ici la preuve des réserves qu'apportait Servius à l'application de la formule *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi*. Il interprétait autrement que Q. Mucius les mots *is cuius interest*. Il raisonnait, nous semble-t-il, à peu près comme il suit : L'intérêt requis pour agir *furti* peut consister, non seulement dans un *damnum emergens*, mais encore dans un *lucrum cessans*. En général, on n'aura pas à tenir compte du *lucrum cessans*, parce que, dans un conflit possible entre plusieurs demandeurs, on doit préférer celui qui souffrirait d'un *damnum emergens* (c'est-à-dire le propriétaire) à celui qui ne souffrirait que d'un *lucrum cessans* (c'est-à-dire le *prior fur*). Aussi le *prior fur* en conflit avec le *dominus* n'aura-t-il pas l'action *furti*. Mais, si tout conflit de ce

[1] *Supra*, p. 340.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 77 (76), 1 (le passage correspondant manque dans les *Basiliques*, 60, 12, 76, 1).

genre est écarté par la disparition du *dominus*, l'intérêt du *prior fur*, n'étant plus primé par un intérêt plus respectable, justifie pour lui l'exercice de l'action.

Remarquons que Servius donne l'action *furti* au *prior fur*, qui se trouve pourtant, vu les circonstances, dégagé de toute responsabilité quant à la *custodia*[1].

Cette doctrine de Servius n'a pas prévalu *(= nec utimur Servii sententia*[2]*...)*.

4

Les deux témoignages que nous venons de recueillir sont les seuls qui soient expressément attribués à Servius. Mais nous possédons plusieurs autres textes qui, bien qu'extraits d'œuvres d'Alfenus Varus ou d'Ofilius, reflètent certainement la tradition servienne, et se rattachent aussi à l'enseignement du maître.

De ces témoignages, le plus intéressant est tiré du livre V de l'abrégé des *Digesta* d'Alfenus fait par Paul. Il est ainsi conçu :

Paul *(l. V epitomarum Alfeni Digestorum)* :

Servus cuiusdam insciente domino magidem commodavit : is cui commodaverat pignori eam posuit et fugit : qui accepit non aliter se redditurum aiebat, quam si pecuniam accepisset : accepit a servulo et reddidit magidem : quaesitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respondit, si is qui pignori accepisset magidem alienam scit (scisset ?) apud se pignori deponi, furti eum se obligasse, ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti : sed si nescisset alienam apud se deponi, non esse furem, item, si pecunia eius nomine a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti[3].

Espèce. — Primus a un esclave peu délicat, qui dispose à son insu de son argenterie. Un jour cet esclave a prêté un plat à un aigrefin, que nous appellerons Secundus. Secundus s'est hâté de

[1] Peut-être pour des raisons pratiques. Il est facile de prouver, dans un cas donné, que le *dominus* a disparu; mais il est généralement beaucoup plus difficile d'établir qu'il ne reparaîtra pas *(= nec exstaturus esset)*.

[2] *Supra*, pp. 348 et sqq.

[3] *Dig.*, 12, 6, fr. 36. Lenel, *Palingenesia*, I, c. 52, n 69; Bremer, I, pp. 212 et 320. *Basil.*, 24, 6, 36.

bazarder le plat[1]. Il l'a engagé[2] pour se faire prêter quelque argent; nous dirions, en transposant l'historiette en termes modernes, qu'il l'a porté au Mont-de-Piété. Après quoi il a gagné au large. L'esclave a voulu dégager le plat. Mais le prêteur a refusé de se dessaisir, si ce n'est contre espèces. L'esclave a donc dû rembourser la somme prêtée, plus ou moins majorée sans doute, et c'est ainsi qu'il a recouvré le plat.

Question posée. — Primus peut-il répéter l'argent versé par son esclave?

Réponse[3]. — Distinguons, selon que le prêteur sur gages était de bonne ou de mauvaise foi : 1° Le prêteur était de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il savait bien, en recevant le plat, que Secundus n'en était pas le propriétaire. Il a, par le fait, commis un vol, et, puisqu'il a touché de l'argent pour le rachat d'un objet volé[4], il s'est exposé à une action en répétition qu'exercera Primus. 2° Le prêteur sur gages était de bonne foi, et croyait que le plat appartenait

[1] L'aventure devait être fréquente. Voy. Auctor ad Herenn., IV, 51, 64 : la personne qui a prêté de l'argenterie à l'esclave Sannion pour son maître est prise de crainte, et envoie rechercher ses plats au milieu du repas. Il est probable que, dans la pensée d'Alfenus, de Paul et des compilateurs, l'emprunteur du plat était aussi un esclave. Voy. en ce sens les *Basiliques*, 24, 6, 36 : [illegible]

[2] Il s'agit d'un gage de possession, non d'une fiducie ou d'une hypothèque. Les mots *pignori ponere* s'appliquent au gage de possession, indépendant de tout transfert de propriété. Voy. Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, *Zur Geschichte der römischen Hypothek*, I, Breslau, 1904, pp. 26-28.

[3] Il faut traduire : *Réponse de Servius*. Sanio et M. Brunner admettent que, dans les fragments des *Digesta* d'Alfenus, la troisième personne *respondit* indique une réponse de Servius, tandis que la première personne *respondi* indique une réponse d'Alfenus. Sanio, *Zur Gesch. d. röm. Rechtswissenschaft*, p. 74, n. 135; Brunner, I, p. 161; Kalb, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, p. 42; Manigk, *l. c.*, p. 27, 2); toutefois il faut compter avec les erreurs des copistes, erreurs forcément fréquentes pour des graphies si voisines l'une de l'autre. Cf. Sanio, *op. cit.*, p. 75; P. Krueger, *Quellen*², p. 71, nn. 56-57.

[4] Nous traduisons *se obligare furti* par *commettre un vol*. C'est le sens courant de cette expression (*Dig.*, 13, 7, fr. 4; 50, 16, fr. 174 (Ulpian.); 39, 5, fr. 25 (Iavol.); 47, 2, fr. 55 (54), 1 (Gaius; cf. Plaut., *Poen.*, v. 764 (III, 5, 19); Terent., *Eunuch.*, v. 809 (IV, 7, 40), etc.). D'ailleurs on voit précisément dans notre texte que le prêteur de bonne foi n'est pas un voleur (*non esse furem*) : c'est dire que le prêteur de mauvaise foi est en effet un voleur. — Les auteurs qui traduisent ici *se obligare furti* par *se rendre complice d'un vol* introduisent dans le texte une idée qui lui est étrangère, et fondée sur des notions récentes du délit de *furtum* et de la complicité (Cf. Vernay, *Servius*, p. 293). L'esclave ne pouvant commettre de *furtum* à l'égard de son maître, il n'y a pas de complicité possible pour un *furtum* inexistant. Cf. *infra*, p. 497, 4.

à Secundus. Il n'est pas coupable de vol, et, si l'esclave l'a payé au nom de l'emprunteur, aucune répétition ne peut s'exercer contre lui.

Ce texte met en relief plusieurs idées que nous n'avions pas encore rencontrées, et dont nous devons marquer le point d'apparition.

1° C'est un vol que de recevoir en vertu d'un contrat de gage une chose que l'on sait ne pas appartenir au *tradens*. Notons ici l'affirmation de l'élément subjectif qui donne à l'acte son caractère délictueux : c'est la mauvaise foi de l'*accipiens*, requise au moment de la tradition[1].

La solution ainsi admise pour le cas d'un contrat de gage peut-elle être étendue à d'autres cas analogues, par exemple au cas d'un contrat de vente ? Nous sommes porté à le croire. Cela nous amène à examiner un autre texte d'Alfenus Varus.

Alfenus *(libro primo Digestorum a Paulo epitomatorum)* :

Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse[2].

Un esclave vend, à l'insu de son maître[3], un objet dépendant de

[1] Ainsi qu'en témoigne l'emploi, à deux reprises, du présent *deponi*.

[2] *Dig.*, 41, 3, fr. 34. Lenel, *Paling.*, I, c. 45, n° 32; Bremer, I, p. 191; p. 307.

[3] Les mots *insciente domino* ont fait le désespoir des interprètes qui admettent les idées courantes sur l'imprescriptibilité des *res furtivae*. Cujas *(Observationes*, livre XV, ch. 18) a voulu prendre *insciente* dans le sens d'*admodum sciente*; mais l'autorité sur laquelle il s'appuyait pour justifier cette acception (L. Mamilia, c. 5. Lachmann, *Römische Feldmesser*, I, 263) ne reposait que sur une mauvaise leçon du texte des *Gromatici*. D'autres ont voulu intercaler une négation : *<Non> insciente domino*. Mr Appleton (dans une communication manuscrite aussi instructive qu'intéressante) nous propose de lire *sciente domino*.

Mais la lecture *insciente* est ancienne. Le texte des *Basiliques* (50, 3, 32. Heimbach, V, p. 60) exclut toute espèce de doute : Εἰ πεκουλιάριον ἀπὸ τοῦ δούλου μου πρᾶγμα ἐν ἀγνοίᾳ μου ἀγοράσῃς, διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσπόζεις. Mais, si l'archétype du Digeste portait déjà *insciente*, à quoi bon corriger ce mot arbitrairement ? Cela ne pourrait servir qu'à donner de notre texte une explication acceptable pour le temps de Paul. Or, nous n'avons que faire de pareille explication, parce que le texte ne nous renseigne en rien sur le droit du temps de Paul. Rien ne nous autorise à supposer que Paul n'accueillait dans son abrégé que les solutions qui restaient de mise de son temps (Voy. p. ex. *infra*, § 8, le fragment relatif à l'action *oneris aversi!)* Et notre fragment ne contient pas un mot de Paul. Il se réduit à une citation d'Alfenus, découpée si nettement qu'on ne retrouve même pas le verbe à un mode personnel *(Respondit, ait*, ou quelque autre analogue) auquel Paul la reliait. Nous ignorons si Paul l'approuvait ou l'improuvait. Dès lors, nous n'avons à rendre compte de sa teneur que 1° pour le temps d'Alfenus et 2° pour le temps de Justinien. Pour le temps d'Alfenus, une correction quelconque de texte ne

son pécule (remarquons que le texte ne fait aucune distinction selon que l'esclave avait ou n'avait pas la *libera administratio* de son pécule ; il s'exprime de la façon la plus générale : ce qui suffit à écarter les explications qu'on en donne parfois[1] en supposant que le maître avait d'avance autorisé l'esclave à aliéner librement les biens composant le pécule[2]). On se demande si l'acheteur peut usucaper. Alfenus (ou Servius[3]?) répond qu'il le peut.

Comment justifier ce *responsum*? Il est fort embarrassant pour ceux qui croient qu'au temps d'Alfenus la prohibition d'usucaper s'étendait à toutes les *res furtivae*. Mais, pour nous qui savons qu'elle ne s'appliquait qu'aux *res subreptae*, il n'offre aucune difficulté. De deux choses l'une : ou bien l'acheteur était de bonne foi; ou bien il était de mauvaise foi[4]. Était-il de bonne foi? Il ne commettait pas de *furtum* (pas plus que le prêteur sur gages qui recevait de bonne foi le plat que lui apportait l'esclave d'autrui) : dès lors il usucapait sans

peut s'inspirer, en l'état actuel de notre information, que d'idées préconçues, influencées par ce que nous savons de l'usucapion classique. Entre un texte certain et une argumentation anticipant sur des faits plus récents de trois siècles, l'hésitation n'est pas permise. — Pour le temps de Justinien, une correction de texte se fonderait sur des bases plus fermes; mais toute expérience de ce genre est précisément exclue par le témoignage des *Basiliques*. Evidemment ce n'est pas ici le lieu d'examiner comment la disposition de notre fragment peut se concilier avec ce que nous savons par ailleurs de la prescription acquisitive dans le droit de Justinien.

[1] En ce sens Gandolfo, *la Reversio ad dominum*. *Arch. giuridico*. XXXV (1885), p. 163, 1.

[2] Les textes ont bien soin de spécifier, lorsqu'il y a lieu, que l'esclave a la *libera administratio*. *Dig.*, 41, 2, fr. 14, pr.; 44, 3, fr. 15, 3. Mais la distinction des deux hypothèses est certainement postérieure au temps d'Alfenus. Pernice, *Labeo*, I, pp. 134-135.

[3] Le verbe manque; nous ne savons s'il faut suppléer *respondi* ou *respondit*, et, par conséquent, s'il faut attribuer le *responsum* à Servius ou à Alfenus.

[4] Nous n'envisageons que le *furtum* commis par l'acquéreur. L'aliénateur commettrait sans doute un *furtum* en disposant de la chose d'autrui (Gaius, II, 50. Voy. Knier, *Gai institutionum commentarius secundus* 58 (50), p. 180), si c'était un homme libre. Mais ici l'aliénateur est un esclave, et l'esclave ne commet pas de *furtum* aux dépens de son maître. A l'époque classique, Julien dira, il est vrai, que l'esclave qui détourne des valeurs du pécule *furandi animo* commet un *furtum*. Mais ce n'est là qu'une façon de parler, commode pour expliquer l'application de la loi Atinia aux valeurs détournées. On constate d'ailleurs que ce soi-disant *furtum* se consomme, non par le détournement, mais par la tradition faite à autrui. Ulpian, *l. XVII Digestorum*, *Dig.*, 47, 2, fr. 57, 3 : Cum autem servus rem suam peculiarem furandi consilio amoverit, quamdiu eam retinet, condicio eius non mutatur (nihil enim domino abest) : sed si alii tradiderit, furtum faciet.

obstacle. Etait-il de mauvaise foi ? Il commettait un *furtum*, et l'objet acheté devenait une *res furtiva*. Mais il n'y avait pas eu soustraction, *subreptio*, et le *furtum* n'était qu'un *furtum improprium*. La loi Atinia ne s'appliquait pas, et l'acheteur pouvait encore usucaper. De toute façon la solution reste la même.

2° Revenons au texte du prêteur sur gages. Nous y trouvons une seconde idée à retenir : la prestation qu'a reçue le détenteur d'un objet volé pour le rachat de cet objet peut être répétée dans deux cas : A. Quand ce détenteur était de mauvaise foi *ab initio;* B. Quand, ce détenteur étant de bonne foi *ab initio*, un fait ultérieur était venu le désabuser. Ainsi, dans l'espèce du texte, supposons que le prêteur sur gages crut, au moment du prêt, avoir reçu le plat *a domino*, mais que l'esclave, en dégageant le plat, eût versé les espèces en son nom propre et non au nom de l'emprunteur Secundus : ce fait a dû ouvrir les yeux au prêteur et lui révéler l'abus de confiance commis.

Comment expliquerons-nous cette double solution ? Dans le premier cas (détenteur de mauvaise foi *ab initio)*, nous avons vu que le prêteur sur gages est regardé comme ayant volé le plat qu'il a reçu. Mais ce n'est pas le vol du plat qui sert de base à l'action en répétition, car, dans le second cas (détenteur de bonne foi *ab initio* ne devenant de mauvaise foi qu'après coup), il n'y a pas de vol du plat. Le texte ne pose point la question de vol pour ce second cas. Et d'ailleurs l'objet de la répétition est, non pas le plat, mais l'argent qui a servi à le dégager.

Dès lors, pour expliquer les solutions d'Alfenus, on ne peut partir de l'idée d'un vol portant sur la chose engagée. Il faut partir de l'idée d'un vol portant sur les espèces reçues pour dégager cette chose. On sait que l'argent reçu de mauvaise foi passe pour volé [1]. A l'époque classique, Scaevola dira [2] : « Furtum fit cum quis inde-

[1] African., *l. VII Quaestionum. Dig.*, 46, 3, fr. 38, 1 : Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit *sc.* Iulianus), si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare... Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 405, 1. Pour l'interpolation des passages *quidem ipso iure* et *exceptione tamen... praestare*, voy. Beseler, *Beiträge*, III, p. 187.

[2] Scaevola, *l. IV Quaestionum. Dig.*, 13, 1, fr. 18. Sur le développement ultérieur de la théorie, voy. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 291, n. 25.

bitos nummos sciens acceperit. » Dans l'espèce rapportée par Alfenus, il y avait *indebitum*, puisque c'était l'esclave de Primus qui payait, tandis que le débiteur gagiste était Secundus[1]. L'*accipiens* recevait l'*indebitum* sciemment, soit qu'il fût de mauvaise foi dès le début, soit qu'il le fût devenu en constatant que l'esclave ne se présentait pas pour payer *eius nomine a quo pignus acceperat*, c'est-à-dire au nom de Secundus. Nous croyons donc trouver dans notre texte la preuve que le principe rapporté par Scaevola (sinon le brocard par lequel il l'exprime) remonte jusqu'au VIIe siècle. Dès le temps d'Alfenus, c'est un *furtum* que de recevoir sciemment l'indû[2].

[1] *Contra* Pernice, *Labeo*, I, pp. 421-422, et n. 20. Von Mayr, *Condictio*, p. 107. M^r Ch. Appleton veut bien nous présenter, dans une communication manuscrite, quelques observations sur ce point. « Le texte de Scaevola, dit l'éminent romaniste, paraît étranger à la question : car ici le préteur sur gages est réellement créancier, ce qui exclut l'esprit de lucre, tandis que Scaevola paraît viser le cas où la dette n'existait pas. Enfin Scaevola suppose une erreur de la part du *solvens*, ce qui n'a pas lieu ici. » Nous croyons néanmoins devoir maintenir notre interprétation. En effet : 1° L'*animus lucri faciendi* n'est jamais requis au temps d'Alfenus comme condition générale d'existence de tout *furtum* ; il ne l'est peut-être même pas encore au temps de Paul, dont la fameuse définition insérée au *Digeste* (47, 2, fr. 1, 3) est probablement interpolée (cf. *infra*, c. XVII, § 15). Même à l'époque classique, il y a des cas où une personne est tenue pour *fur*, alors qu'elle a agi *de damno vitando* (comme le préteur sur gages du fr. 36, *Dig.*, 12, 6), et non pas *de lucro captando*. Citons, par exemple, le cas du fr. 48, 7, *Dig.* (47, 2), sur lequel voy. *infra*, c. XVI, § 28. 2° Scaevola vise expressément le cas où il s'agit d'*indebiti nummi*. Or, au témoignage de Paul (*l. XVII ad Plautium*, *Dig.*, 12, 6, fr. 65, 9), « indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat » : c'est bien le cas prévu par notre texte, où l'esclave paie à la place du seul obligé (le fripon qui a engagé le plat). 3° Scaevola ne dit aucunement qu'il faille que le *solvens* ait payé par erreur. Le texte est le suivant : « Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva : sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. Sed altera condictione altera tollitur. » (Notons en passant que ce texte est mutilé ou, plutôt, interpolé. On voit apparaître un pronom à la première personne (*me*) pour désigner le mandant dont il n'a pas été question jusque-là. La dernière phrase « *sed altera ... tollitur* » a très probablement été ajoutée après coup.) L'erreur du *solvens* n'est exigée que dans la *condictio indebiti*.

[2] M. Ferrini, *Diritto penale romano*, p. 185, exige en outre, pour qu'il y ait *furtum* à la charge de celui qui a reçu sciemment des *nummi indebiti*, que ces *nummi* lui aient été remis sans la volonté de leur propriétaire. Il se base notamment sur un fragment d'Ulpien, *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2 fr. 43, pr. Notre texte d'Alfenus ne peut ni confirmer, ni infirmer ce système. En fait, la tradition de la

Remarquons même qu'il faut que cette règle remonte assez haut. En effet celui qui reçoit sciemment l'indû devient néanmoins propriétaire de ce qu'il reçoit (par l'effet de la tradition, lorsque le paiement porte, comme il arrive le plus souvent, sur des *res nec mancipi*, spécialement sur de l'argent) : voilà donc encore un cas de *furtum (improprium)* qui fournit au *fur* une *justa causa acquirendi:* cela nous reporte naturellement à un temps où l'on n'avait pas étendu à toutes les *res furtivae* la prohibition de la loi Atinia.

3° De ce qui précède, nous pouvons tirer des conclusions sur la nature de la *repetitio*[1] que vise le texte. Il s'agit d'une *condictio* donnée contre une personne qui s'est enrichie par un *furtum*. Il s'agit donc, au pied de la lettre, d'une *condictio ex causa furtiva*[2]. Toutefois nous ignorons si cette *condictio* présente à quelque égard les traits caractéristiques de la *condictio ex causa furtiva* classique : car elle porte sur des *nummi*, c'est-à-dire sur des choses de genre (qui ne périssent point et qui ne varient pas sensiblement de valeur) ; il n'y a donc pas à rechercher dans cette *condictio certae pecuniae* l'application des règles spéciales touchant l'attribution des risques et le montant de la condamnation qu'on rechercherait dans une *condictio certae rei*[3]. Dans tous les cas, on ne saurait la qualifier, comme on a voulu le faire[4], en se fondant sur la place que notre texte occupe dans le Digeste (au titre *De condictione indebiti)*, de *condictio indebiti :* la *condictio indebiti* n'est donnée que contre un défendeur de bonne foi[5].

5

Du texte qui précède on peut rapprocher un *responsum* anonyme cité par Paul *(l. V ad Plautium) :*

somme servant au rachat de la *magis* avait été faite par l'esclave à l'insu, et, par conséquent, sans le consentement du *dominus*.

[1] Le mot *repetere*, dit Pernice *(Labeo*, III, 1, p. 232), est le mot technique qui désigne la *condictio*. Notons toutefois qu'il s'applique également aux actions réelles.

[2] C'était déjà la solution de la glose (Gl. *repeti, ad. h. loc.)*.

[3] *Supra*, p. 342. Cf. les développements de Mr Von Mayr, pp. 108-109, pour qu les deniers, objets de la *repetitio*, ont dû déjà être consommés ou mélangés avec d'autres, ce qui exclut l'idée d'une *condictio ex causa furtiva*. Mais le texte ne fait aucune distinction sur ce point.

[4] Vernay, *l° c°*, p. 293.

[5] Girard, *Manuel*[5], p. 405, 1 ; p. 620.

Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est[1].

Je prête des vêtements à Primus ; comme il se refuse à me les rendre, je me résous à les lui racheter. Je puis plus tard répéter l'argent ainsi versé au moyen d'une *condictio*.

La *condictio* dont il s'agit ici ne porte pas de nom. Mais l'hypothèse est assez voisine de la précédente pour que nous n'hésitions pas à y voir une *condictio* sanctionnant un cas de *furtum*. Primus a reçu de l'argent qui ne lui était pas dû ; il l'a reçu sciemment[2] ; le *responsum* n'insiste pas sur ce second point, parce que les circonstances de l'espèce excluent *ipso facto* la bonne foi de Primus : Primus a donc commis un *furtum*. Nous pouvons, du rapprochement qui s'impose entre ce *responsum* et le texte précédent d'Alfenus, conclure que le *responsum* est contemporain de ce texte, ou, à la rigueur, un peu plus ancien. Nous l'attribuerons donc aux jurisconsultes de l'école Servienne ou à leurs prédécesseurs immédiats.

Ainsi la *condictio* sanctionnant un *furtum* paraît s'être appliquée originairement à des cas dans lesquels s'est appliquée plus tard la *condictio ob turpem causam*. Celle-ci n'est probablement qu'un démembrement de celle-là, dont elle s'est détachée quand la notion du *furtum* s'est précisée et restreinte. Mais remarquons qu'au temps de Servius, il n'est pas encore question de *condictio ob turpem causam*, et c'est un anachronisme de parler, comme le fait Pernice[3], de *turpitudo in retinendo* à propos du texte d'Alfenus que nous avons étudié.

6

Ce même texte d'Alfenus nous a montré que l'école Servienne commençait à analyser avec plus de netteté et de finesse qu'on ne l'avait fait avant elle l'élément intentionnel du *furtum*[4].

[1] *Dig.*, 12, 5, fr. 9, pr. *Basil.*, 24, 2, 9.

[2] Primus a su forcément qu'il recevait l'*indebitum*, puisque, par hypothèse, c'est à lui que le commodat a été consenti.

[3] Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 230, 1. Il cite, dans le même ordre d'idées, un fragment d'Ulpien, *l. XXVI ad edict. Dig.*, 12, 5, fr. 2, 1 et 2 : Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes.

[4] Nous ne citerons pas à ce propos un fragment d'Alfenus (*l. II Digestorum*

Pouvons-nous en dire autant de l'élément matériel ? La question reste fort douteuse. Nous avons vu que Servius reste, somme toute, fidèle à la doctrine ancienne. Nous possédons par ailleurs sur le même point deux témoignages contradictoires.

Le premier est rapporté par Ulpien[1] *(l. XL ad Sabinum) :*

Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium (modicum ?) sustulit, totius rei furtum faciat, an vero eius tantum quod abstulit. Ofilius totius acervi furem esse putat : nam et qui aurem alicuius tetigit, inquit Trebatius totum eum videri tetigisse : proinde et qui dolium aperuit et inde parvum vini abstulit, non tantum eius quod abstulit, verum totius videtur fur esse. Sed verum est in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerunt. Nam et si quis armarium, quod tollere non poterat, aperuerit et omnes res, quae in eo erant, contrectaverit atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit et antequam se reciperet, quo destinaverat, deprehensus fuerit, eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit[2].

Ce passage a probablement été emprunté en grande partie par Ulpien à Sabinus[3]. Il n'en faut excepter que la phrase *Sed verum est... abstulerunt*, qui a été visiblement insérée là soit par Ulpien lui-même, soit par les compilateurs de Justinien[4], et peut-être les mots qui suivent (= *Nam et*), qui ont été mis là pour relier la phrase précédente au contexte[5]. Sabinus en effet ne rejetait pas en bloc l'opinion d'Ofilius et de Trebatius. Il introduisait une distinction, sur laquelle nous sommes édifiés par un témoignage d'Ulpien[6] *(l. XL ad Sabinum) :*

Dig., 44, 7, fr. 20, relatif au cas où un esclave commet un *furtum* sur l'ordre de son maître. Dans ce texte, les mots *aut furtum alicui facere* sont interpolés. *Infra*, c. XVI, § 13.

[1] Le texte est attribué à Paul par le *liber Florentinus* et par les *Basiliques* (60, 12, 21, pr.). Mais le correcteur ordinaire de la *Florentine* le met sous le nom d'Ulpien. Les *Libri ad Sabinum* de Paul ne comprennent, en effet, que 16 livres, et le livre XL des *Libri ad Sabinum* d'Ulpien traite précisément *de furtis*.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 21, pr.; Lenel, *Paling.*, I, c. 802, n° 57; II, c. 1161, n° 2858; Bremer, I, p. 418; II, 1, p. 515; II, 2, p. 601. *Basil.*, 60, 12, 21, pr., sch. 1.

[3] En ce sens Ferrini, *Rendiconti del R. Istituto lombardo*, ser. II, vol. 20 (suivi par MM. Lenel, *Paling.*, II, c. 1161, n° 2858; Bremer, II, 1, p. 615, n° 121, e Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 77).

[4] Mr Lenel, *Paling.*, II, c. 1161, 4, croit qu'elle l'a été par les compilateurs.

[5] En ce sens, Lenel, *l° c°*, n. 5. *Infra*, p. 395.

[6] Paul ?

... Si maioris ponderis quid aperuit aut refregit, quod tollere non possit, non est omnium rerum cum eo furti actio, sed earum tantum quas tulit, quia totum tollere non potuit. Proinde si involucrum, quod tollere non potuit, solvit, ut contrectet, deinde contrectavit quasdam res : quamvis singulas res, quae in eo fuerunt, tollere potuerit, si tamen totum involucrum tollere non potuerit, singularum rerum, quas tulerit, fur est, ceterarum non est. Quod si totum vas tollere potuit, dicimus eum totius esse furem, licet solverit, ut singulas vel quasdam tolleret : et ita et Sabinus ait[1].

La question courante (*volgaris*) examinée ici était la suivante : Celui qui soustrait une partie d'un ensemble commet certainement un vol. Mais quel est le montant du vol ? Comprend-il le tout, ou seulement la partie[2] ? Supposons par exemple que je prenne un boisseau de blé dans un tas : ai-je volé le tas tout entier, ou seulement le boisseau emporté ? Aulus Ofilius professait la première opinion, et C. Trebatius Testa l'approuvait : toucher l'oreille d'une personne, disait Trebatius, c'est toucher cette personne tout entière. De même, ouvrir un tonneau et en enlever un peu de vin, c'est voler le tonneau tout entier.

Cette opinion est assurément la plus ancienne. Elle montre combien l'acte matériel constitutif du *furtum* primitif différait de la *subreptio*. Trebatius désigne cet acte par un mot significatif : *tangere*, toucher[3]. Toucher à une partie d'un tout, c'est toucher le tout. Le mot *tangere* a évidemment un sens beaucoup plus vague, beaucoup moins délimité que le mot *contrectare*, que Varron lance peut-être dans la circulation vers la même époque[4], et que Sabinus emploiera plus tard. *Tractare* (= manier) désigne déjà un geste plus précis, et en quelque sorte plus agressif, que *tangere*. En outre, dans *contrectare*, le préfixe *cum* introduit l'idée d'une *tractatio* enveloppant l'ensemble de l'objet et tendant à le rapprocher du *contrectans*. Certes, la notion de soustraction est encore bien plus étroite que celle de *contrectatio*. Mais déjà

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 21, 8. Lenel, *Paling.*, II, c. 1162, n° 2858; Bremer, II, 1, p. 516. *Basil.*, 60, 12, 21, 8, et sch. 15, 16 et 17.

[2] Desjardins, *Traité du vol*, p. 187.

[3] Que nous avons déjà rencontré dans la *lex oleae faciundae* de Caton (c. 145, 2, 6) : Oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa.

[4] *Supra*, p. 432.

la notion de *contrectatio* est sensiblement plus étroite que celle de *tactus*.

C'est Sabinus qui semble avoir le premier battu en brèche l'ancien système défendu par Ofilius et Trebatius. Mais il ne l'abandonne qu'en partie. Il fait une distinction. Ou bien l'ensemble auquel le malfaiteur s'est attaqué (= armoire, vitrine, récipient) n'est pas trop lourd pour qu'il pût à la rigueur l'emporter ; ou bien il est trop lourd. Dans le premier cas, la doctrine d'Ofilius et Trebatius continue à s'appliquer ; le vol porte sur l'ensemble tout entier. Dans le second cas, au contraire, la doctrine d'Ofilius et Trebatius est écartée, le vol ne porte que sur ce qui est effectivement soustrait. Comment Sabinus fonde-t-il cette distinction ? Cela n'apparaît pas clairement. Mais, évidemment, il ne la rattache pas à une différence d'intention chez le malfaiteur : car c'est précisément lorsque l'ensemble est suffisamment maniable qu'on devrait lui tenir compte de sa modération, tandis que, dans le cas contraire, on ne devrait pas lui savoir gré d'avoir fait de nécessité vertu. Sabinus s'appuie plutôt sur la notion par lui admise de la *contrectatio :* on ne saurait manier dans son ensemble, et pour l'attirer à soi, qu'un objet maniable. Par là Sabinus tend à rapprocher la *contrectatio* de la *subreptio*. Assurément Sabinus n'est pas toujours resté d'accord avec lui-même sur ce point : il a admis encore la théorie du *furtum fundi*, qu'il tenait des *veteres*. Mais ce défaut de logique ne doit pas surprendre chez lui : nous avons déjà reconnu, et nous verrons encore que Sabinus était un anomaliste.

Il nous reste à analyser la dernière phrase du fr. 21 pr. (*Dig.* 47, 2) : *Nam et si quis armarium... nec manifestus fur erit.* Elle semble passablement énigmatique. Sabinus suppose qu'un larron, ayant ouvert une armoire trop lourde pour pouvoir l'emporter, a manié tous les objets qu'elle contenait sans en rien enlever, et s'est retiré. Puis, étant revenu un peu plus tard, il a enlevé un objet et a été pris sur le fait. Le texte paraît dire qu'il s'expose à la fois à l'action *furti manifesti* et à l'action *furti nec manifesti*. Cette décision contredit directement le système de Sabinus, pour qui le malfaiteur qui s'en prend à un ensemble *quod tollere non poterat* ne vole que ce qu'il soustrait effectivement. Aussi devons-nous admettre que le texte original comportait une négation. M. Lenel suppose ingénieusement que les compilateurs ont substitué au début

de la phrase les mots *nam et* aux mots *nec tamen*[1]. Cette conjecture paraît très vraisemblable[2].

Ainsi, d'après ces témoignages, Sabinus serait le premier jurisconsulte qui eût marqué une tendance à fonder la théorie du *furtum* sur l'idée de soustraction. L'école servienne resterait fidèle à la notion ancienne. Cette attitude de l'école servienne semble pourtant contredite par un fragment d'Alfenus Varus (*l. IV Digestorum a Paulo epitomatorum*) :

Si cretae fodiundae causa specum quis fecisset et cretam abstulisset, fur est, non quia fodisset, sed quia abstulisset[3].

Ce texte ne nous est pas parvenu tel qu'il est sorti de la plume d'Alfenus[4] : on remarque immédiatement l'emploi insolite du subjonctif (*fodisset, abstulisset*) après *quia* inséré dans une proposition principale (= *fur est*). On ne peut pas dire[5] que le motif *non quia fodisset sed quia abstulisset* est présenté comme étant la pensée, non d'Alfenus, mais d'un sujet dont l'idée est contenue dans la proposition principale : car précisément l'idée d'un pareil sujet manque totalement dans *fur est*. On est donc amené à suspecter ici un remaniement[6]. On serait tenté, avec M. Bremer[7], de restituer *furem esse* < *respondit* >, ce qui rattacherait *quia... fodisset* à une proposition subordonnée, et attribuerait l'explication *non quia fodisset, sed quia abstulisset* au sujet de *respondit* (= Servius ?) Mais, pour en arriver là, il faut corriger un texte dont la leçon n'est pas dou-

[1] Lenel, *Paling.*, II, c. 1161, n° 5.

[2] On ne saurait tirer aucun argument contre elle de ce qui suit (*Dig.*, 47, 2, fr 21, pr., *in fine* : Sed et qui segetem luce secat et contrectat, eius quod secat manifestus et nec manifestus fur est). Cette phrase est évidemment tronquée. Mommsen propose de restituer : Sed et qui segetem luce secat et contrectat eius quod sequente nocte asportans deprehenditur manifestus et nec manifestus fur est. Cf. *Basil.*, 60, 12, 21, pr., sch., 5 et 6

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 58 (57). Lenel, *Paling.*, I, c. 51, n° 67 ; Bremer, I, pp. 208 et 324. *Basil.*, 60, 12, 57

[4] Les *Basiliques* l'attribuent à Africain !

[5] Cf. Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], p. 327

[6] Les *Basiliques* confirment en quelque mesure ce soupçon. La scholie 1 sur notre texte est ainsi conçue : Ἐν ἐνεργείᾳ τοῦ κλοπίσαι ἐστὶν ἡ τοῦ κλοπίσαι μόνον τὴν ἀφαίρεσιν (τοῦ σπήλαιον, καὶ κλοπίσας τὴν κρητίδα), οὐχ ὅτι ἔκλεψεν τὸν κρητοφόρον, καὶ οὐκ ἀφείλετο.

[7] Cela ne va pas tout à fait sans difficulté. M. Bremer (I, p. 209) est obligé de supprimer aussi *quis*, et de lire : Si cretae fodiundae causa specum fecisset et cretam abstulisset, furem esse < respondit >, non quia fodisset, sed quia abstulisset

teuse. Aussi croirions-nous plutôt que ce texte est interpolé. Etant donnée la doctrine ancienne sur le geste constitutif du *furtum*, les mots *non quia fodisset, sed quia abstulisset* pourraient avoir été ajoutés au texte primitif, — ce qui impliquerait aussi l'insertion des mots *et cretam abstulisset* dans le premier membre de phrase. Ainsi Alfenus n'aurait point encore fait dépendre l'existence du *furtum* d'un acte de soustraction. Le fait de pratiquer une excavation dans le terrain d'autrui [1] pour en tirer de la craie suffirait pour constituer un *furtum*.

C'est à Paul plutôt qu'aux compilateurs que nous attribuons l'insertion des mots *et cretam abstulisset*. Cette insertion paraît correspondre, en effet, à la préoccupation, dont on relève des traces chez les classiques, notamment chez Ulpien [2], d'appliquer la théorie du *furtum* aux *res quae de fundo tolluntur*, tout en écartant la théorie générale du *furtum fundi*. Quant aux mots *non quia fodisset, sed quia abstulisset*, ils se rangeraient plutôt parmi les interpolations explicatives dues aux compilateurs.

7

Le principe qui veut qu'il n'y ait pas de *furtum* sans un geste du délinquant affectant la chose volée était parfois dangereux. Il excluait de la répression certains faits qu'on eût voulu punir. Aussi fut-on amené à créer pour ces cas des sanctions spéciales : telle l'action *servi corrupti*, que vise un témoignage d'Alfenus Varus *(l. II Digestorum)* :

Dominus servum dispensatorem manumisit, postea rationes ab eo accepit et cum eis non constaret, conperit apud quandam mulierculam pecuniam eum consumpsisse : quaerebatur, possetne agere servi corrupti cum ea muliere, cum is servus iam liber esset. Respondi posse, sed etiam furti de pecuniis, quas servus ad eam detulisset [3].

[1] Le *Digeste* ne spécifie pas qu'il s'agisse du terrain d'autrui. Mais les *Basiliques* ajoutent : ἐκ τοῦ ἀγροῦ μου.

[2] Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 25, 2 : Eorum, quae de fundo tolluntur, ut puta arborum vel lapidum vel harenae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi posse nulla dubitatio est.

[3] *Dig.*, 11, 3, fr. 16. Lenel, *Paling.*, I, c. 40, n° 10 : Bremer, I, pp. 286, n. 11, et 328, n. 111. Les *Basiliques* (60, 6, 16) mettent ce texte (comme déjà le précédent. *Supra*, p. 505, n. 4) sous le nom d'Africain.

Espèce : Un maître avait confié à son esclave les fonctions d'intendant[1]. Il affranchit cet esclave, puis lui demande compte de sa gestion. Le compte ne se trouve pas en règle, et le maître apprend que l'esclave a mangé ce qui manque avec une « petite femme » (*quandam mulierculam*).

Question posée : Le maître peut-il intenter l'action *servi corrupti* contre cette femme, après que l'esclave est devenu libre ?

Réponse (d'Alfenus Varus ?) : Il peut intenter contre elle l'action *servi corrupti*, et aussi l'action *furti* pour tout l'argent détourné à son profit.

Ce texte constitue le témoignage le plus ancien que nous possédions sur l'action *servi corrupti*[2]. Cette action a été créée par le préteur. Ulpien rapporte l'édit qui s'y réfère, tel qu'il figurait dans l'Edit perpétuel :

Qui servum alienum alienam recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo[3].

Cette rédaction vise à la fois le fait de donner asile (*recipere*) à un esclave fugitif, et le fait de donner à un esclave quelconque de mauvais conseils (*persuadere quid dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret*). Mais la rédaction primitive devait être moins large, et ne comprendre que les mauvais conseils. Cela résulte : 1° De la rubrique même de l'édit et du nom de l'action *servi corrupti*, qui ne visent que la perversion de l'esclave. Il n'est question ni d'édit ni d'action *servi recepti*. L'action *servi corrupti*, comme son nom le prouve[4], se rattache originairement à la notion du *damnum iniuriae*, et non à celle du *furtum*. 2° Du témoignage d'Alfenus, le plus ancien sur la matière, qui, dans sa partie pure, se réfère au fait de *persuasisse*, non au fait de *recepisse*. 3° Des vraisemblances

[1] Les *Basiliques*, *l. c.*, traduisent *servus dispensator* par « l'esclave qui avait coutume d'administrer et de faire valoir la fortune du maître » (Ὁ οἰκέτης ὁ τὰς τῶν δεσποζόντων ἐπιτροπεύων καὶ ἐξαυξῶν τὰ δεσποζόντα χρήματα).

[2] Le premier qui vienne après lui, dans l'ordre chronologique, est un témoignage de Sabinus cité par Paul., *l. XIX ad edictum*, *Dig.*, 11, 3, fr. 14, 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 196, n° 65 ; Bremer, II, 1, p. 571, n° 14.

[3] Ulpian., *l. XXIII ad Edictum*, *Dig.*, 11, 3, fr. 1, pr. Lenel, *Edict.*, I, p. 196. *Edictum*², p. 169.

[4] Cf. *Dig.*, 9, 2, fr. 27, 13-16. La même conclusion résulte aussi de la place de l'édit *de servo corrupto* dans l'*Edictum perpetuum*, à côté des édits *de his qui deiecerint vel effuderint* et *ne quis in suggrunda*, et fort loin des édits sur le *furtum*.

générales, tirées de l'histoire de l'ancien *furtum*. A une époque où la notion du *furtum* a l'extension et l'imprécision que nous avons signalées, à une époque où le fait de masquer un fugitif aux yeux de son maître tombe sous le coup de l'action *furti*[1], comment admettre que le fait de donner asile *(recipere)* au fugitif échappe à cette même action? 4° Du texte même de l'Edit. Le mot *recepisse* y a été inséré après coup, et la rédaction doit sans doute à cette insertion l'allure contournée qu'elle affecte. Le précepte relatif au *recepisse* se raccorde si mal au contexte que les commentateurs se trouvent obligés de spécifier que certaines parties de ce contexte sont applicables à l'objet dudit précepte[2].

Nous croyons donc que la première rédaction de l'Edit était approximativement conçue dans les termes suivants :

Qui servo alieno alienae persuasisse quid dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret...

On saisit dès lors la raison d'être de l'édit *servi corrupti*. La jurisprudence ancienne exigeait, pour qu'un dommage tombât sous le coup de la loi Aquilia, qu'il eût été commis *corpori* et *corpore*. De simples conseils, en dehors d'un acte matériel de l'agent, ne consomment pas un *damnum*[3]. De là l'innovation du préteur, qui réprime ainsi des faits échappant jusque là à toute sanction[4].

Mais les conseils donnés à l'esclave d'autrui pour provoquer ou faciliter sa fuite ne tombaient pas sous le coup de l'Edit[5]. Pourquoi? Parce qu'ils ne tendaient pas à détériorer l'esclave, au sens matériel qu'on donnait alors à ce mot, et qu'ainsi la condition prévue par l'Edit *(quo eum eam deteriorem faceret)* n'était pas réalisée. La preuve s'en trouve dans un texte de Sabinus, qui ne songe à donner contre celui *qui servo persuaserit, ut fugeret*, que l'action *furti*, et encore avec bien des réserves[6].

[1] *Supra*, p. 382.

[2] Ulpian., *l. XXIII ad edictum. Dig.*, 11, 3, fr. 5, pr. : Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit.

[3] *Inst. Just.*, 4, 3, 16.

[4] Cf. Desjardins, *Traité du vol*, p. 177, qui, faute de sérier chronologiquement les questions, insère dans son exposé des solutions contradictoires (p. 177, 7 et p. 178, 2 et 3).

[5] Remarquons qu'ils tombaient d'ailleurs expressément sous le coup de la loi Fabia *de plagiariis* dans son chapitre II. Cf. Voigt, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 710, n. 50: l'édit *servi corrupti* serait un complément de la loi Fabia.

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 36, pr. *infra*, c. xvi, § 14.

Mais l'institution a évolué, et l'on en est venu à interpréter très largement les mots *quo eum eam deteriorem faceret*. On les a rapportés, non à la valeur intrinsèque de l'esclave, mais à la valeur qu'il avait comme élément du patrimoine de son maître[1]. Certain texte parle même, en renversant les données primitivement admises, de l'appauvrissement subi par le *dominus*[2]. On a donc admis que la fuite de l'esclave, parce qu'elle appauvrissait le maître, rentrait dans les prévisions de l'Edit, et on a donné l'action *servi corrupti* contre l'instigateur de la fuite[3]. Cette évolution s'est naturellement complétée par l'insertion dans l'Edit d'une disposition sur le fait de *fugitivum recipere*. Du même coup l'action *servi corrupti* se trouvait rapprochée de l'action *furti* ; et même elle enlevait à l'action *furti* quelque peu de son champ d'application primitif[4].

Revenons au texte d'Alfenus.

L'action *servi corrupti* dont il parle se fonde encore sur la notion ancienne de la détérioration de l'esclave. Il donne cette action contre la petite femme parce qu'elle a débauché le trop faible intendant et qu'elle l'a moralement avili, déprécié : elle en a fait, au sens littéral du mot, un vaurien. Mais ce vaurien a été affranchi avant que le maître eut agi. L'action reste-t-elle recevable ? Oui, car la formule de l'action indique que le *servus corruptus* appartenait au demandeur au moment du délit, Peu importent dès lors les changements que sa condition a pu subir depuis[5]. De là la décision du texte.

La mention de l'action *furti* qui serait donnée concurremment avec l'action *servi corrupti* contre la maîtresse de l'intendant infidèle surprend sous la plume d'Alfenus Varus. Nous avons vu qu'au temps de ce jurisconsulte l'action *servi corrupti* ne se rattachait en

[1] Voy. notamment *Dig.*, 11, 3, fr. 11, 2 ; fr. 14, 6 ; fr. 9, 3.

[2] *Dig.*, 11, 3, fr. 14, 1.

[3] *Dig.*, 11, 3, fr. 1, 5 (Ulpian.) : Is quoque deteriorem facit, qui servo persuadet, ut iniuriam faceret, vel furtum, vel fugeret, vel alienum servum, ut sollicitaret... Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 838, n. 1-3 (*Dr. pén. romain*, trad. Duflesne, III, p. 161, n. 1-3), croit même que l'édit *servi corrupti* a eu pour utilité principale de réprimer les suggestions, les instigations, les encouragements donnés aux esclaves marrons.

[4] *Infra*, c. XVI, § 14.

[5] Lenel, *Edit.* I, p. 197 ; *Edictum*², p. 169.

rien à la théorie du *furtum*. D'ailleurs la question posée ne visait que l'action *servi corrupti;* la réponse adéquate ne va pas plus loin que les mots *respondi posse*. Le passage qui commence par *sed etiam*... a donc l'aspect d'une addition plaquée sur le texte primitif; le pluriel *pecuniae* dans le sens de *nummi*, est d'ailleurs un byzantinisme avéré; et l'observation se renforce ici du contraste qui existe entre l'emploi du pluriel *pecuniis* et du singulier *pecuniam* dans la seconde et la première partie du texte. Les mots *sed etiam furti de pecuniis quas servus ad eum detulisset* ont été ajoutés au texte primitif par les compilateurs de Justinien[1].

Comment expliquer cette interpolation?

A l'époque classique, l'action *furti* se donnerait certainement en concours avec l'action *servi corrupti* dans notre espèce. Ulpien nous apprend en effet que, lorsqu'on peut intenter l'action *servi corrupti* contre la personne qui a poussé un esclave au vol, on peut aussi intenter l'action *furti* contre elle au titre de complice :

Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus, ope enim consilio sollicitatoris videntur res abesse[2].

On le voit, cette action *furti* se fonde sur l'idée de complicité. Cela suppose : 1° que la théorie de la complicité existe : nous avons déjà vu qu'elle a été fondée par Labéon ; 2° qu'elle a été étendue à des cas où le délit principal n'est pas réprimé par l'action *furti* (le *servus dispensator* ne peut être poursuivi *furti* par son maître, même après son affranchissement[3] : nous verrons que cette extension a été réalisée par Sabinus[4]. Donc, au temps d'Alfenus, l'action *furti « de pecuniis quas servus ad eam detulisset »* manquerait encore de ses bases nécessaires. La *muliercula* ne pouvait être poursuivie *furti* comme complice du *servus dispensator*.

Mais nous savons que certains cas qu'on a traités à l'époque classique comme cas de complicité, étaient traités, au VIIe et au VIIIe siècles, comme délits principaux. D'où la question : la *muliercula*, qui n'était point complice, ne pouvait-elle être poursuivie

[1] En ce sens, MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* (extr. d'*Il Filangieri*, 1901), p. 11.

[2] ULPIAN., *l. XXIII ad Edict. Dig.*, 11, 3, fr. 11, 2.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 17, 1.

[4] *Infra*, c. XVI, § 15.

furti comme auteur principal? Assurément, mais à condition qu'elle réunit les deux éléments, matériel et intellectuel, de l'infraction. L'élément intellectuel existait chez elle, puisque l'action *servi corrupti* suppose elle-même le dol du défendeur. Mais l'élément matériel, la *contrectatio*, n'existait sans doute pas dans l'espèce envisagée par Alfenus. Il suffit de relire l'exposé des faits soumis au jurisconsulte pour constater qu'on ne relève aucune *contrectatio* contre la *muliercula*[1], on déclare simplement que l'intendant indélicat a mangé de l'argent chez elle *(apud quandam mulierculam pecuniam eum consumpsisse)*. Sans doute a-t-il dépensé cet argent à faire bombance, sans qu'on puisse prouver qu'il en ait remis directement une part notable aux mains de son hôtesse. Seule la partie suspecte du texte ajoute cette hypothèse à l'hypothèse originaire *(... de pecuniis, quas servus ad eam detulisset)*.

Concluons. Les mots *sed etiam furti de pecuniis, quas servus ad eam detulisset* n'appartiennent pas au texte primitif d'Alfenus. Ils y ont été ajoutés pour mettre ce texte d'accord avec la théorie classique de la complicité.

8

L'action *servi corrupti* n'était pas la seule qui fût donnée pour remplacer une action *furti* à qui certaines conditions d'exercice manquaient. Un *responsum* d'Alfenus, le seul témoignage juridique que nous possédions sur la matière, nous signale une autre succédanée de l'action *furti*, qui reste assez mystérieuse : c'est l'action *oneris aversi*.

Alfenus *(l. V. Digestorum a Paulo epitomatorum)* :

In navem Saufeii[2] cum complures frumentum confuderant. Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat : quaesitum est an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni

[1] Cette observation ruine l'interprétation de Mr Pampaloni, pour qui la *muliercula* serait poursuivie *furti* comme receleuse (Pampaloni, *la Complicità*, p. 57, n. 13, *in fine*). Il veut même suppléer, dans le dernier membre de phrase, le mot *concepti (furti)* que les compilateurs auraient, croit-il, supprimé : sed etiam furti <concepti> de pecuniis, quas servus ad eam detulisset.

[2] La *Florentine* : Aufeii.

curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito : nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim (= separatum ?) tabulis aut heronibus aut in alia (= aliqua ?) cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos (= nautam[1] ?) permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi : quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset : sive eadem res, quae tradita[2] esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum[3].

Pour rendre plus clair ce long texte, divisons-le en alinéas avec des titres distincts.

Espèce. Primus, Secundus, Tertius, Quartus, etc., avaient chargé chacun une certaine quantité de blé sur le navire de Saufeius[4], qui devait rendre ce blé à une destination fixée. Ils n'avaient pas individualisé leurs chargements respectifs en les enfermant dans des emballages (caisses, barriques, sacs) marqués de signes dis-

[1] Correction proposée par Ant. Favre, Glueck, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, XVII (1815), p. 428, 91. Cf. P. Krueger, *Ueber die Einwirkung der Notae iuris auf fehlerhafte Ueberlieferung der Juristenschriften. Mélanges P. F. Girard*, II, p. 40.

[2] La *Florentine* : traditae.

[3] *Dig.*, 19, 2, fr. 31 ; Lenel, *Paling.*, I, c. 51, n° 71 ; Bremer, I, pp. 209 et 324.

[4] Peut-être L. Saufeius, chevalier romain, ami d'Atticus, Cic., *Ad Att.*, I, 3, 1 ; II, 8, 1 ; IV, 6, 1 ; VI, 9, 4, etc. Schanz, *Gesch. der röm. Literatur*, I, 2³, p. 339 (en ce sens, Bremer, I, p. 332).

tinctifs : ils avaient chargé en vrac, et tout s'était trouvé mélangé dans la cale. Saufeius livre à Primus une quantité égale sans doute (car Alfenus ne s'explique pas nettement sur cette circonstance) à celle qu'il avait chargée sur le navire[1]. Le surplus du blé périt ensuite par force majeure (par exemple dans un naufrage).

Question posée. Secundus, Tertius, Quartus, etc., peuvent-ils agir, chacun pour leur part de blé, contre le patron Saufeius, comme ayant détourné ce qui avait été chargé sur son navire (*Onus aversum* = chargement détourné) ?

Réponse (de Servius?). Ils ne le peuvent pas.

Justification de cette réponse. A. Rappel de principes généraux. Le contrat de transport intervenu entre les chargeurs et le patron est une *locatio operis faciendi :* les chargeurs, dit-on, placent entre les mains du patron des marchandises à transporter (*locant merces vehendas*). Or il y a deux sortes de *locationes*, comme il y a deux sortes de dépôts, selon que les choses sur lesquelles porte le contrat sont individualisées ou ne le sont pas. 1° Elles sont individualisées : tel est le cas dans la *locatio operis faciendi* qui intervient entre un dégraisseur et le client qui lui remet des vêtements à nettoyer. Le *conductor* doit rendre la chose même qu'on lui a confiée (= *idem*). Le *locator* reste propriétaire de cette chose. 2° Elles ne sont pas individualisées : tel est le cas dans la *locatio operis faciendi* qui intervient entre un orfèvre et le client qui lui remet de l'or ou de l'argent en lingots pour en faire des vases, des bijoux, etc. Le *conductor* doit rendre des choses *eiusdem generis*, mais non les choses mêmes qu'on lui a confiées. Il devient donc propriétaire de ces choses, et le *locator* qui les lui a remises n'en est plus que créancier (= *in creditum iri*).

B. Application des principes à l'espèce proposée. 1° En ce qui concerne l'action *oneris aversi :* cette action est superflue. Si les chargements, étant individualisés, continuent d'appartenir à leurs chargeurs respectifs, ceux-ci ont l'action *furti* contre le transporteur qui ne représente pas tous les sacs. Si au contraire le blé, non individualisé, est devenu propriété du trans-

[1] Nous empruntons quelques expressions à Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle*, Paris, 1828-1845, I, p. 111.

porteur[1], il n'y a pas *onus aversum :* car un propriétaire ne peut commettre un détournement sur sa propre chose. 2° En ce qui concerne la revendication, même dilemme que précédemment. Si les chargements sont individualisés, et continuent d'appartenir à leurs chargeurs respectifs, Secundus peut revendiquer ce qui lui appartient, si le transporteur Saufeius l'a livré à Primus. Si, au contraire, les chargements ne sont pas individualisés, le transporteur peut régulièrement remettre à Primus la quantité de blé qui lui revient, à prendre sur la masse : Secundus, Tertius, etc., ne peuvent rien revendiquer contre Primus. C'est cette seconde solution qui s'applique dans l'espèce proposée, puisque les chargements ont été mêlés. 3° En ce qui concerne l'action *locati*[2]. Le même dilemme se pose encore. Si les chargements sont individualisés, le transporteur est tenu *ex locato* de rendre à chaque chargeur son bien. La perte de ce bien par cas fortuit ou force majeure le libère, il est vrai, mais seulement à la condition que cette perte ne résulte pas de son dol ou de sa faute. Or c'est une faute que de remettre à Primus ce qui appartient à Secundus. Secundus peut agir *ex locato* à ce titre contre Saufeius. Si les chargements ne sont pas individualisés[3], le transporteur ne commet aucune faute en rendant au chargeur qui se présente le premier du blé pris dans la masse. Evidemment ce chargeur se trouve avantagé aux dépens des autres, mais il fallait bien toujours commencer par quelqu'un. Il n'y a pas plus de sanction pour assurer ici l'égalité entre chargeurs

[1] Sur ce transfert de propriété au profit d'un *conductor operis faciendi*, voy. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 97; Huschke, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart, 1882, p. 12, 1.

[2] La fin du texte vise bien l'action *locati*, quoique n'en prononçant pas le nom. Mais il vise évidemment une action contractuelle (: in re quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi); et ce ne peut être que celle qui naît du contrat de *locatio*, dont Alfenus a parlé plus haut (rerum locatarum duo genera esse...; furti esse actionem locatori... . Sans doute, la terminologie de la *locatio conductio* n'était pas encore fixée au temps d'Alfenus. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 98, n. 2.

[3] Nous interprétons donc les mots « sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit » comme se rapportant au cas déjà examiné d'un chargement non individualisé. Pernice croit au contraire qu'ils se rapportent à une hypothèse toute nouvelle, celle où le transporteur, sans avoir acquis la propriété du chargement, aurait cependant reçu par convention spéciale, la faculté de s'acquitter « in simili re » (*Labeo*, II, 1², p. 99). Cette conjecture, en elle-même contradictoire, ne cadre point avec le texte : *dare* (=*si ita datum est* s'entend techniquement d'un transfert de propriété.

qu'il n'y en avait pour assurer l'égalité entre créanciers d'un pécule avant la création de l'action *tributoria*. Dans les circonstances de l'espèce, Secundus, Tertius, Quartus, etc., ne peuvent obtenir *ex locato* aucune indemnité de Saufeius.

On le voit, ce long texte soulève bien des difficultés : difficultés sur le transfert de propriété résultant de la remise de choses fongibles à un locataire ou à un dépositaire, et sur l'existence d'une espèce de *locatio irregularis* analogue au *depositum irregulare*[1] ; existence, dès le temps d'Alfenus, de l'action *locati*, et de la règle qui mesure à l'*utilitas contrahentium* l'étendue de leur responsabilité[2] ; existence d'une action *oneris aversi* sur laquelle nous n'avons presque aucun autre renseignement[3]. Ces difficultés nous amènent à nous poser deux questions : 1° Ce texte est-il mutilé ou interpolé ? 2° Qu'est-ce qui appartient en propre à Alfenus dans ce texte ?

1° Ce texte n'est pas interpolé profondément. Aucune trace certaine de byzantinisme ne s'y relève ; aucun critérium décisif de forme ne décèle la main des compilateurs[4]. Mutilé par contre, il l'est, mais peu gravement : les lapsus qu'on y observe sont tout au plus des fautes de copistes. Une ou deux corrections insignifiantes

[1] Sur ce point, voy. déjà Pardessus, I, p. 111, 1, et surtout Niemeyer, *Depositum irregulare*, 1889 ; Pernice, *Labeo*, III², 2, p. 98, 2 ; Girard, *Manuel*⁶, p. 531, 9 ; 532, 1.

[2] Kuhlen, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht. Festgabe für Otto Gierke*, II, p. 273 ; Sroni, *Sull'età dei giudizii di buona fede di commodato e di pegno. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, p. 369.

[3] On dit ordinairement (p. ex. Girard, *l. c.*, p. 541) : aucun autre renseignement. Cela n'est pas tout à fait exact. Nous possédons une autre allusion à l'action *oneris aversi* dans un texte de Tertullien qui a généralement échappé, croyons-nous, aux juristes. Elle se rencontre dans l'ouvrage que Tertullien a composé contre l'hérétique Marcion. Apostrophant son adversaire (qui avait fait le commerce maritime et était originaire du Pont), il comparait la méthode qu'il suivait dans la spéculation théologique à celle qu'il suivait dans l'exercice de sa profession : « Quamobrem, Pontice nauclere, si nunquam furtivas merces vel illicitas in acatos tuas recepisti, si nullum omnino onus avertisti vel adulterasti, cautior utique et fidelior in Dei rebus, cuius veritatem habes quam [illegible] apostolum Paulum » (Tert., *Adv. Marc.*, 5, 1 ; Migne, *Patrol. lat.*, II, p. 464). Ce texte, on le voit, confirme l'existence d'un délit consistant à *onus avertere*, mais ne nous fournit pas de plus amples renseignements à ce sujet.

[4] Voy. cependant *infra*, p. 518, n. 1.

(nautam au lieu de *nos; separatum* au lieu de *separatim*[1]*)* suffisent à en rendre la lecture facile.

On peut hésiter davantage sur l'attribution à Alfenus de toutes les parties du texte. Evidemment Paul a utilisé des passages importants de son devancier, reconnaissables à l'archaïsme de la langue, à l'emploi de tournures vieillottes et maladroites[2], à l'usage de notions dont on ne retrouve l'équivalent que chez les *veteres*[3]. Jusqu'aux mots *Idem iuris esse in deposito*, ces indices sont assez forts pour que nous admettions que Paul a suivi Alfenus sans changement notable. Mais que la fin du témoignage puisse avoir été empruntée tout entière à Alfenus, cela apparaît déjà invraisemblable par l'étendue de l'argumentation, réellement excessive pour un *responsum* d'un juriste ancien[4]. Une preuve assez menue, mais néanmoins assez sûre, établit d'ailleurs que le texte original a subi des intercalations et des surcharges. C'est l'emploi, au début de la dernière phrase, du neutre *datum* (= *Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit...*). On venait immédiatement auparavant de raisonner sur des *merces traditae* et sur une *res tradita*. On attendait donc quelque chose comme *si ita data esset*. On trouve à la place un neutre *(datum)*, qu'on n'a pas le droit de prendre dans un sens indéfini, le contexte prouvant qu'il ne s'agit toujours que de froment (= sed si ita datum esset..., conductorem culpam debere..., neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento...) Dans l'état originaire du texte, la phrase qui commence par *Sed si ita datum esset* devait donc suivre immédiatement la dernière phrase (ou l'une des dernières phrases) qui parlaient de *frumentum* ou de *triticum*. Le passage qui l'en sépare maintenant *(Et ideo se*

[1] Mr P. Krueger, dans sa récente édition du *Digeste*, propose encore quelques autres corrections. Dans la proposition *nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret*, il supprime *solveret* (Mr Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, Paris, 1912, p. 116, 5, lit plus simplement *solvere*). Dans le passage *aut in alia cupa clusam*, il intercale *atque alia* (= *in alia atque alia cupa...*).

[2] Remarquons notamment l'emploi de *res locata* au lieu de *locatum* ou de *locatio*. Cf. *res credita, res mandata, res contracta*. Pernice, *Labeo*, II², 2, p. 98, 2.

[3] Pernice, *l° c°*, p. 98, 2, *in fine*, a montré que Q. Mucius (*Dig.*, 34, 2, fr. 34, pr.) regarde les métaux bruts (or, argent) comme fongibles en eux-mêmes. — tandis que les jurisconsultes classiques sont d'un autre avis.

[4] Cf. Huvelin, *Sur un texte d'Alfenus Varus. Mélanges P. F. Girard*, 1912, I, p. 562, n. 3-5.

improbare... supervacuum esse iudicium oneris aversi) a dû être intercalé après coup[1]. Enfin le développement *Sed si ita datum esset* reste boiteux[2] : tous les développements précédents distinguent et opposent le cas où les chargements sont individualisés et celui où ils ne le sont pas. Celui-ci ne traite que l'hypothèse d'un chargement non individualisé. Nous avons dû rétablir dans notre commentaire, pour donner quelque cohérence à l'argumentation, le terme du dilemme qui manquait. Mais force est bien de nous apercevoir, malgré tout, qu'il manquait.

[1] Remarquons d'ailleurs que c'est dans cette phrase que se trouvent réunies deux des indications les plus énigmatiques du texte : la mention du *iudicium oneris aversi* et celle des *actiones* (au pluriel!) *oneris aversi*.

[2] On pourrait se demander s'il n'y a pas eu seulement une interversion des développements contenus dans le texte primitif. Cette conjecture s'autoriserait du fragment correspondant des *Basiliques*, au titre I du livre LIII, — fragment qui figure, non dans l'édition Heimbach, mais dans le *Supplément* publié par Ferrini et Mercati, 1897, p. 98, et qui est ainsi conçu : Πολλῶν ἀναμίξ σῖτον ἐκβαλλομένων, ὁ ναύκληρος τῷ ἑνὶ ἀποδοῦναι καὶ τὸ πλοῖον διαφύγοιεν. Οὐκ ἔχουσιν οἱ ἔμποροι κατὰ τὸν ναύκληρον ἀγωγήν. Δύο γὰρ εἰσὶν οἱ τῆς μισθώσεως· ἡ μὲν τὸν τὸ αὐτὸ ἀποδοῦναι τοῖς ἐπὶ τῶν διδουμένων τῷ ναυλῷ καὶ τῷ ῥάπτῃ· ἡ δὲ οὐ τὸ αὐτό, ἀλλὰ τοῦ αὐτοῦ [illegible] παράσχῃ ἄρτουν ἢ χουσὸν ἐπὶ τὸ γενέσθαι μοι σύνδυο. Ἐν οὖν καὶ τὸ ἔστω τοῦ [illegible] γίνεται. Καὶ ὁ λαβὼν γὰρ ἀγοράσας [illegible] ἐν παραστήσῃ [illegible] γεγονέναι, ἢ τοῦτο ἀποδοῦναι. Καὶ ἐνταῦθα τοίνυν ἴδοις ὁ σῖτος τοῦ ναυκλήρου γέγονε καὶ οὐδὲ [illegible] τοῦ παντὸς πληρῶσαι τὸν ἕνα· μόνην γὰρ ἀνάγκην καὶ ὅλον γεγονέναι, ὡς τοῦ συναλλάγματος ὑπὲρ τῶν δύο ὄντος. Εἰ δὲ καὶ κεχωρισμένος ἦν ὁ ἑκάστου σῖτος [illegible] ἢ ἑτέρῳ, οὐ γίνεται τῆς τοῦ ναυκλήρου διαφορᾶς· ἀλλ' ἑκάστου [illegible] ἀπαίτησιν καὶ τὴν περὶ τῆς κλοπῆς εἰς τὸ διπλάσιον ἀγωγήν. On voit que les mots μόνην γὰρ ἀνάγκην καὶ ὅλον γεγονέναι, ὡς τοῦ συναλλάγματος ὑπὲρ τῶν δύο ὄντος, correspondant aux mots *conductorem culpam duntaxat debere (nam in re quae utrumque causa contraheretur culpam deberi)* se soudent aux mots καὶ οὐδὲ [illegible] τὸν παντὸς πληρῶσαι τὸν ἕνα, correspondant à *et recte datum* (plutôt qu'à *neque culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento)*. Si donc l'on restituait l'ordre des développements dans le texte d'Aufidius en prenant les *Basiliques* comme modèle, on obtiendrait la combinaison suivante : Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. (Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit), conductorem culpam duntaxat debere, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere cum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret quam ceterorum. Quod si separatum labores aut heronibus, etc. — Mais, comme on le voit, il faudrait supprimer les mots mis entre parenthèses (= *Sed si ita datum esset ut in simili re solvi possit)*, car ils impliquent entre le développement *secundum quae... et recte datum* et le développement *conductorem culpam duntaxat debere*... un contraste qui n'existe pas en réalité, puisque l'un et l'autre se rapportent au cas d'un chargement en vrac. La nécessité de semblables remaniements suffit à condamner toute tentative de restitution du texte basée sur l'idée d'une simple interversion.

Un autre passage doit nécessairement être enlevé aussi à Alfenus, et attribué soit à Paul, soit à quelque auteur anonyme de glose[1]. C'est le passage *Idem iuris esse in deposito... nisi tantundem pecuniae solvere(t)*. Le thème proposé au jurisconsulte pour son *responsum* n'avait trait qu'à un cas de *locatio*. Il serait absolument insolite qu'il se fût attardé à examiner chemin faisant d'autres hypothèses, sous prétexte qu'elles avaient quelque analogie avec celle qu'on lui soumettait. Le raisonnement sur le dépôt irrégulier provient bien plutôt d'un auteur qui, doutant de la qualité de propriétaire attribuée par Alfenus au *conductor operis faciendi* quand la *locatio* porte sur des choses fongibles, tâchait de résoudre la difficulté par une comparaison. Au surplus, on s'étonne de trouver déjà le dépôt irrégulier mentionné avec une terminologie arrêtée[2], comme une institution fonctionnant couramment, dès le début du VIIIe siècle U. C. On est d'accord aujourd'hui pour admettre, tout au contraire, que le dépôt irrégulier est une institution grecque, qui tenait peu de place dans la doctrine romaine classique, et qui n'en tient davantage dans le Digeste que grâce à des interpolations[3].

Il est possible, — probable même, — qu'il faille élaguer encore

[1] Mr Kuebler (*Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, R. A., XXIX (1908), p. 192, 1) attribue le passage à Paul. C'est peut-être l'opinion la plus sage. Mr Naber (*Observatiunculae de iure romano*, XCIII : *de deposito usurario*, dans *Mnemosyne*, N. S., 39 (1906), p. 62), suivi par Mr Collinet (*Etudes historiques sur le droit de Justinien*, I, 1912, pp. 116-117), croit à une addition de la basse époque, — une glose plutôt qu'une interpolation. Au contraire, on conclurait à une interpolation si l'on admettait, avec Mr Beseler (*Beiträge*, II, p. 22; III, pp. 154 et sqq.), que *secundum hoc*, *secundum quae*, etc., sont des byzantinismes.

[2] Alfenus parlerait déjà de *depositum*, tandis qu'il ne parle pas encore de *locatum* ou de *locatio!* — Remarquons que les textes classiques eux-mêmes ne parlent guère de *depositum* à propos du dépôt irrégulier. Ils emploient des expressions comme *commendare*, *apud aliquem esse*, *penes me habere*, etc. (Papin., *l. IX Quaest. Dig.*, 16, 3, fr. 24 ; Scaevola, *l. I Respons. Dig.*, 16, 3, fr. 28).

[3] M. Mitteis (*Trapezitika. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, R. A., XIX (1898), pp. 209 et sqq.) notait déjà la difficulté qu'ont éprouvée les jurisconsultes classiques à faire rentrer le dépôt irrégulier dans le cadre juridique de l'ancien dépôt de *species*. Papinien (?) disait, dans le texte précité (*Dig.*, 16, 3, fr. 24) : Si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. Les travaux cités ci-dessus auxquels il faut joindre ceux de Longo, *Appunti sul deposito irregolare. Bull. dell' Ist. di diritto romano*, XVIII (1906), pp. 121-156, et de Segrè, *Sul deposito irregolare in diritto romano. Ibid.*, XIX (1907), pp. 197-234) ont développé et complété cette démonstration.

quelques frondaisons parasites pour dégager du commentaire de Paul le *responsum* original d'Alfenus. Mais cette entreprise ne nous intéresse plus directement, du moment où nous enlevons à Alfenus, pour le restituer à Paul, le seul passage où l'action *oneris aversi* soit mise en parallèle avec l'action *furti*.

Cette constatation nous amène, en ce qui concerne l'histoire de l'action *oneris aversi*, à des résultats négatifs.

Si nous nous plaçons d'abord dans le droit contemporain de Paul, le texte nous impose les conclusions suivantes :

1° Le fait d'*onus avertere* constitue toujours un *furtum*, et peut être réprimé par l'action *furti*.

2° On admet depuis Sabinus, — et depuis Sabinus seulement, — que le *furtum* porte normalement sur la chose d'autrui : *furtum est contrectatio rei alienae*... Il subsiste cependant des cas résiduels de *furtum suae rei*. Ce sont des cas dans lesquels le *dominus* d'une chose enlève la possession de cette chose à une personne qui a le droit de la retenir ; ce sont donc exclusivement des cas de *furtum possessionis*[1]. Or, l'hypothèse prévue par Alfenus est toute différente : le *nauta*, propriétaire du blé chargé en vrac, ne dépossède pas les chargeurs.

3° Donc il n'y a pas d'*onus aversum* possible dans les conditions prévues par le texte. C'est pour cela que l'action *oneris aversi* n'a plus d'utilité propre[2].

[1] *Infra*, c. XVII, § 21.

[2] Nous nous en tenons donc littéralement à l'explication de PAUL. On a beaucoup glosé sur ce texte, et cherché, en vain, des interprétations historiques ou logiques de toutes sortes. Aurait-il existé plusieurs actions *oneris aversi*? Le passage *se improbare actiones oneris aversi* semble favorable à cette conjecture. Mais M. FADDA croit (*Digesta Institutioni reconquaerunt* P. BONFANTE, C. FADDA, C. FERRINI, S. RICCOBONO, V. SCIALOJA, Milan, 1908, I, p. 450) à un lapsus du scribe et lit *actionem*. — L'action *oneris aversi* serait-elle une action prétorienne? Le texte parle une fois de *iudicium oneris aversi*. CUJAS (*Observationes*, VII, 40) croyait qu'elle se confondait avec l'action *furti adversus nautas*. Cependant ni l'édit ni la formule *furti adversus nautas* ne contiennent l'expression *onus aversum* (cf. LENEL, *Edit*, II, pp. 55-57; *Edictum*², pp. 322-323, et, en dernier lieu, VITRANO, *Note intorno alle azioni in factum di danno e di furto contro il nauta*... Palermo, 1909), et l'action *furti adversus nautas* est restée en vigueur jusqu'à l'époque byzantine, ce qui ne s'expliquerait guère si elle avait perdu toute utilité propre dès le temps de PAUL. — Prétorienne ou civile, l'action *oneris aversi* ne paraît pas avoir figuré dans l'*Edictum perpetuum* (LENEL, *Edit*, II, pp. 56-66; *Edictum*², p. 490). — Certains auteurs (LE CAMUS, *Verosimilium*, III, c. 5, que semble suivre PARDESSUS, *Lois maritimes*, I, p. 111, 2), estiment que l'action *oneris aversi* différait de l'action

Si nous nous plaçons dans le droit contemporain d'Alfenus, notre texte ne légitime plus aucune des conclusions précédentes. L'action *oneris aversi* devait avoir une utilité propre. Nous savons, d'ailleurs, que le *furtum* pouvait aussi bien porter sur une *res sua* que sur une *res aliena*, en dehors de toute question de dépossession[1]. Enfin nous ne savons pas si la notion de l'*onus aversum* s'identifiait techniquement avec celle du *furtum*[2]. Nous croirions même volontiers que l'action *oneris aversi* était une action rei persécutoire plutôt qu'une action pénale : le raisonnement d'Alfenus roule exclusivement sur une question de *locatio*[3]. L'action *oneris aversi* n'était-elle pas une devancière de l'action *locati*[4], devenue inutile lorsque l'action *locati* a été créée (si elle n'existait pas encore) ou lorsque cette action s'est étendue au cas de *locatio* irrégulière prévu par le texte (si elle existait déjà)[5] ?

furti en ce qu'elle ne requérait pas l'*animus furandi* : c'est pour cela qu'elle s'appliquerait dans l'espèce du texte, tandis que l'action *furti* se trouverait exclue. Mais Paul ne fait aucune allusion à l'*animus furandi*, et ne semble écarter l'action *furti* que parce que le *nauta* avait acquis la propriété du chargement

[1] C'est pour cette raison que nous écartons l'explication historique, à première vue séduisante (Voy. Franc. Conan, *Comm. juris civilis*, II, p. 523), d'après laquelle l'action *oneris aversi* aurait été créée pour remplacer une action *furti* qui ne pouvait se donner contre un *dominus* détournant sa propre chose. On la rapprocherait à cet égard : 1° de l'action *rerum amotarum* donnée contre la femme qui, ayant dérobé des biens de son mari, échappe à l'action *furti* parce qu'on lui reconnaît en quelque sorte un droit de copropriété sur ces biens (Paul., *l. VII ad Sabin.*, *Dig.*, 25, 2, fr. 1 : quibusdam existimantibus ne quidem (uxorem) furtum facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret); 2° de l'action *rationibus distrahendis* (*supra*, pp. 79 et sqq.) donnée contre le tuteur infidèle qui a disposé de biens du pupille sur lesquels on lui reconnaît, sinon un droit de propriété (cf. Gérardin, *la Tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain. N^lle Rev. Hist. de droit*, XIII (1889), pp. 1-20), du moins une *potestas* presque équivalente à un droit de propriété. Mais, remarquons-le, les analogies ainsi alléguées sont assez superficielles.

[2] Il y a peu de chose à tirer d'une étude du mot *avertere*. Nous savons seulement que c'est le terme qui, avant la loi Julia *de peculatu*, semble désigner de préférence le fait constitutif du péculat; nous savons aussi que ce terme s'applique à des exactions rentrant dans les *repetundae* (*supra*, pp. 437,4 et 447).

[3] Notre fragment est inséré au titre *Locati* dans le *Digeste*.

[4] L'expression *actiones oneris aversi* s'expliquerait alors, parce qu'il y aurait eu une action correspondant à l'action *locati*, et une action correspondant à l'action *conducti*.

[5] On peut supposer que l'action *locati* a eu quelque peine à s'étendre à la *locatio* dans laquelle le *conductor* devient propriétaire de la *res locata* : car nous savons combien l'action *depositi* s'est malaisément et tardivement appliquée au *depositum irregulare*.

9

Un autre texte, d'une certaine importance, se réfère à l'action noxale de vol.

Paul *(l. III Epitomarum Alfeni Digestorum)* :

A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. Sed si prius de furto iudicium factum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet[1].

Espèce. Primus détient un esclave. Deux actions lui sont intentées au sujet de cet esclave, à savoir une revendication exercée par Secundus qui s'en prétend propriétaire, et une action *furti* noxale exercée par Tertius qui prétend avoir été victime d'un vol par lui commis, et elles lui sont intentées en même temps, c'est-à-dire que la *litis contestatio* de chacune d'elles a eu lieu avant la *condemnatio* de l'autre (= quod pro eo homine iudicium accepisset[2]). Primus succombe dans les deux instances.

Question posée. Comment concilier les effets des deux condamnations ?

Réponse (de Servius ?). Distinguons deux hypothèses :

1re hypothèse : C'est la question de revendication qui est tranchée la première. Le juré de la revendication ne doit obliger Primus à livrer l'esclave à Secundus que si celui-ci s'engage, sous la garantie de cautions, à supporter la condamnation éventuelle de l'action noxale.

2e hypothèse : Primus a succombé d'abord dans l'action noxale

[1] *Dig.*, 6, 1, fr. 58; Lenel, *Paling.*, I, c. 47, n° 49; Heimbach, I, pp. 196 et 397. *Basil.*, 15, 1, 58 (*Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae* pp. 28 sq. et sch. 150 (Steph.) sur ce passage.

[2] Girard, *les Actions noxales*, N. *Rev. Hist.*, XI (1887), p. 435.

de vol ; il a fait abandon de l'esclave à Tertius. Le juré de la revendication ne doit pas frapper Primus d'une condamnation pécuniaire comme n'ayant pas exécuté l'*arbitratus iudicis :* car, si Primus se trouve dans l'impossibilité de restituer, ce n'est ni par son dol, ni par sa faute.

Ce texte porte malheureusement la trace de remaniements importants (dûs à Paul ? ou aux compilateurs de Justinien ?), et l'on ne peut guère tenter de le rétablir dans sa forme première. M. Bremer[1] transpose le mot *respondit* avant la proposition *si prius servus ab eo evictus esset.* Les mots *si iudicium factum esset* viennent évidemment des Byzantins. Nous les remplacerons, soit par les mots *si... sententia dicta esset* (c'est la restitution de Pernice), soit par les mots *si pronuntiatum esset* (c'est la restitution de M. Beseler). Nous croyons aussi qu'il faut lire *quaerebatur* au lieu de *quaerebat*, ce qui rendrait la première phrase moins incorrecte. On pourrait multiplier les conjectures, sans grand intérêt[2]. Ainsi, en remarquant que la fin du texte implique la connaissance par Alfenus de la règle *Dolus pro possessione est*, ignorée encore d'Aquilius Gallus à l'époque où il composait la formule de la stipulation aquilienne[3], on pourrait se demander si cette règle s'est introduite entre le temps d'Aquilius Gallus, maître de Servius, et le temps d'Alfenus Varus, élève du même jurisconsulte[4], ou bien si les mots *quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet* proviennent d'une interpolation. Cette deuxième idée paraît plus vraisemblable[5].

[1] Bremer, I, p. 192.

[2] Voici, par exemple, la restitution de Mr Beseler, *Beiträge*, II, p. 140 : A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio contra se pronuntiatum esset, quid se facere oporteret... Sed si prius de furto pronuntiatum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem pronuntiatum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare.

[3] Girard, *Manuel*[5], p. 342, 1.

[4] Dans ce cas, la règle aurait été presque sûrement formulée par l'école servienne.

[5] Car la règle *Dolus pro possessione est* n'a sans doute passé du domaine de l'action *ad exhibendum* dans celui de la revendication que par une évolution doctrinale qui se rattache au Sén. Consulte Juventien. Girard, *Manuel*[5], p. 904, 7 ; cf. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio*, Leipzig, 1907 ; P. Maria, *Observations sur la possession du défendeur à la Rei Vindicatio. Etudes d'histoire juridique offertes à P. F. Girard*, Paris, 1913, II, p. 233 ; p. 257, 2.

Au fond, ce fragment est l'un des rares témoignages[1] qui établissent sans ambiguïté que la règle *noxa caput sequitur* ne s'applique plus après la *litis contestatio*, et que le défendeur doit la *litis aestimatio* même s'il ne peut plus, par sa faute ou sans elle, effectuer la *noxae datio*. Malgré l'éviction intervenue postérieurement à la *litis contestatio*, le défendeur à l'action noxale n'est pas absous, et doit payer la *litis aestimatio*, sauf à recourir contre le revendiquant pour s'en faire indemniser, et à condition qu'il ait songé à s'assurer contractuellement ce recours avant de lui livrer l'esclave.

Cette solution d'Alfenus n'est pas celle des classiques[2]. Ulpien en donne une autre pour un cas sinon identique, du moins très voisin[3]. Pour Ulpien, on doit absoudre le défendeur à l'action noxale, et opérer une *translatio iudicii* contre le nouveau possesseur de l'esclave[4].

[1] Voy. le relevé de ces témoignages, avec la critique de ceux qu'on y a joints parfois, dans Koschaker, *Translatio iudicii*, Graz, 1905, p. 203, 1.

[2] Girard, *les Actions noxales*, *l. c.*, pp. 436-437; Koschaker, *op. cit.*, p. 220.

[3] Ulpian., *l. XVIII ad edict. Dig.*, 9, 4, fr. 14, 1. Il s'agit d'un esclave légué *per vindicationem* sous condition; l'héritier est poursuivi *noxaliter* à raison d'un délit commis par cet esclave; puis la condition se réalise. Sur la solution donnée par Ulpien, et sa comparaison avec la solution donnée par Alfenus, voy. Koschaker, pp. 217-220.

[4] La question de savoir quelle est la raison d'être de cette innovation sort évidemment de notre sujet. Cf. Duquesne, *la Translatio judicii dans la procédure civile romaine* (*Ann. Univ. de Grenoble*, XXII), 1910, p. 200, n. 3.

CHAPITRE XIII

C. TREBATIUS TESTA

§ 1. Le texte, attribué à Trebatius, qui mentionne la bonne foi comme condition de l'usucapion du *partus ancillae furtivae* (*Dig.*, 41, 10, fr. 4, pr.) appartient en réalité à Neratius. Cette condition n'a été admise que par Sabinus. — § 2. La question de l'*animus lucri faciendi* dans le *furtum*.

Le jurisconsulte C. Trebatius Testa connaissait mal l'histoire des doctrines relatives au *furtum* : nous savons que Cicéron l'avait pris en défaut sur ce point[1]. Comme praticien, il avait parfois adopté, dans les *responsa* qu'il délivrait sur des questions de *furtum*, les théories de Servius, bien qu'il ne fût pas le disciple de ce maître, ayant suivi les leçons de Q. Cornelius Maximus : nous savons, par exemple, qu'il résolvait comme Ofilius la question de savoir si voler la partie c'est voler le tout[2]. On aurait tort cependant de lui dénier *a priori*, comme on l'a fait parfois[3], toute finesse ou toute originalité. Deux textes pourraient lui faire attribuer une influence décisive sur la formation de la théorie classique du *furtum*. Il aurait admis la règle *Mala fides superveniens non nocet*, et contribué à substituer les *res furtivae* aux *res subreptae* dans le domaine d'application de la loi Atinia ; — il aurait aussi fait de l'intention lucrative une condition d'existence du *furtum*.

Examinons les deux textes dont il s'agit.

I

1° Trebatius aurait admis la règle *Mala fides superveniens non nocet*, et contribué à transformer l'interprétation de la loi Atinia. Cela résulterait d'un fragment de Pomponius (*l. XXXII ad Sabinum*) :

Si ancillam furtivam emisti fide bona ex ea natum et apud te

[1] *Supra*, p. 320.
[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 21, pr. *Supra*, p. 503.
[3] Puchta, *Kursus der Institutionen*[10], ed. P. Krueger, I, § 97.

conceptum est ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres matrem eius furtivam esse, Trebatius omni modo, quod ita possessum esset, usucaptum esse[1].

Ce fragment mutilé et interpolé a besoin de plusieurs corrections et restitutions. Les mots *intra constitutum usucapioni tempus* remplacent visiblement les mots *intra annum*, auxquels ils ont été substitués par les compilateurs de Justinien[2]. Des mots manquent. *Quodque* doit être suppléé devant le membre de phrase incomplet *ex ea natum et apud te conceptum est ita possedisti...; respondit*, ou un verbe analogue, doit être restitué à la fin. Et nous verrons que le nom de Trebatius lui-même n'est pas sûr!

Le fragment de Pomponius prend la forme suivante :

Si ancillam furtivam emisti fide bona < quodque > ex ea natum [et apud te conceptum[3]] est ita possedisti, ut intra annum cognosceres matrem eius furtivam esse, < respondit > Trebatius (?) omni modo, quod ita possessum esset, usucaptum esse.

Primus a acheté de bonne foi une esclave volée, et en a reçu tradition. L'esclave conçoit et accouche chez Primus. Celui-ci possède l'enfant un an ou davantage. Mais, avant l'expiration de l'année, il apprend que la mère avait été volée. Acquiert-il l'enfant par usucapion? Trebatius opine sans réserves pour l'affirmative.

Dans la forme où ce *responsum* nous est parvenu, il s'explique facilement par les principes généraux qui, dans les compilations de Justinien, dominent la question de l'usucapion du part de l'*ancilla* volée, principes qu'il suffit de rappeler brièvement.

La mère, étant une *res furtiva*, ne peut être usucapée. Mais l'enfant peut l'être à partir du jour de sa naissance. Cette usucapion est soumise aux règles ordinaires de la *iusta causa* et de la bonne foi. La *iusta causa* est le titre en vertu duquel on aurait pu usucaper la mère (ici c'est une vente); la bonne foi est la croyance que la mère n'était pas une *res furtiva*. Cette croyance est requise au temps de la conception et au temps de la naissance : notre espèce satisfait à cette double exigence, car le texte indique que le possesseur était encore de bonne foi lorsque l'usucapion a commencé.

[1] *Dig.*, 41, 10, fr. 4, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 142, n° 769; Bremer, I, p. 417.

[2] En ce sens Bremer, I, p. 417; Lenel, *Paling.*, II, c. 142, 2; Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 453-455.

[3] Ces mots sont interpolés. Voy. *infra*, p. 528, n. 1

c'est-à-dire à la naissance de l'enfant[1]. Si le possesseur perd sa bonne foi avant que l'usucapion soit accomplie, cela importe peu ; on ne considère que l'*initium possessionis : mala fides superveniens non nocet*[2]. Toutefois cela n'est rigoureusement vrai que lorsqu'il s'agit, ce qui est le cas, d'une femme acquise à titre onéreux[3]. La *mala fides superveniens* empêcherait l'usucapion si la mère avait été acquise à titre gratuit.

Tels sont les principes admis dans les recueils de Justinien. A coup sûr, ils n'étaient pas tous connus de Trebatius. Plusieurs d'entre eux ne sont point exprimés par notre *responsum*. Ainsi l'on n'y trouve aucune allusion claire à la distinction des acquisitions à titre onéreux et des acquisitions à titre gratuit, aucune allusion à l'exigence d'une *iusta causa*, donc aucune preuve attestant l'existence des règles correspondantes à la fin de la République[4]. Mais, même sur les points où le *responsum* semble se prononcer, il ne peut être accepté qu'après une critique minutieuse. Sans doute il a reçu des retouches destinées à le faire cadrer avec le droit du Bas Empire. Ces retouches expliquent son état actuel de mutilation.

[1] Sur tous ces points, voyez Ch. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 1889, I, pp. 260 et sqq.

[2] Ce brocard est récent, et vient des canonistes. Les jurisconsultes romains se bornaient à dire qu'il fallait considérer le commencement de la possession : *initium possessionis (usucapionis) spectandum.*

[3] Initium possessionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit, dit Paul (*l. LIV ad edict. Dig.*, 41, 3, fr. 4, 18). Appleton, I, p. 322, n. 71 ; Karlowa, *R. R. G.*, II, pp. 402-403 ; cf. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 457.

[4] Si l'on n'exigeait pas originairement de *iusta causa*, cela expliquerait pourquoi on rangeait notre espèce parmi les cas d'usucapion *pro suo*. Le fragment de Pomponius est en effet extrait du titre *Pro suo* (41, 10) au *Digeste*, et Pomponius dit lui-même qu'il s'agit ici d'une usucapion *pro suo*. Pernice croit, il est vrai, que la théorie de l'*usucapio pro suo* est récente (*Labeo*, II, 1², p. 392) et que le témoignage de Pomponius a été remanié à cet égard par les compilateurs de Justinien. Cf. *Labeo*, II, 1², pp. 402-403). Car l'application des principes généraux proposés par Julien conduirait à voir plutôt ici un cas d'usucapion *pro emptore* (Appleton, I, p. 262, n. 10 ; p. 323, n. 72). Mais tout porte à croire que le système de Julien n'a pas triomphé immédiatement ; il a longtemps conservé des adversaires, parmi lesquels pouvait se ranger Pomponius : rien ne prouverait alors que son témoignage eût été remanié. En ce sens Riccobono, *Sul fr. 4 pr. D. Pro suo, e la versione greca riportata da Armenopulo* (Extr. des *Studi Senesi in onore di L. Mariani*, 1903, pp. 7-8). Or l'usucapion *pro suo* est, à notre sens, une usucapion sans titre. Nous nous réservons de revenir, dans la partie générale de nos *Études*, sur les rapports qui existent entre la théorie du *furtum* et la théorie du *pro suo usucapere*. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 394 et sqq.

Certaines additions sont évidentes à première vue : ainsi celle des mots *et apud te conceptum*, destinés à mettre le texte d'accord avec une théorie récente[1]. On ne les retrouve d'ailleurs ni dans le passage correspondant de l'Ἑξάβιβλος d'Harménopule, ni dans le passage correspondant de la *Summa* grecque conservée dans le manuscrit 1351 (fonds grec) de la Bibliothèque nationale[2]. Mais, même en les éliminant, notre *responsum* soulève de grosses difficultés. Remarquons en effet qu'il applique la prohibition de la loi Atinia, non point à une *res subrepta*, mais à une *res furtiva (: ancilla furtiva, mater furtiva) :* c'est là une observation de terminologie qui suffit à déceler un changement profond dans la doctrine. Et, en effet, si l'on analyse au fond la décision attribuée à Trebatius, on constate qu'elle pose pour la première fois la question de la bonne foi qui serait requise pour usucaper.

Cette question ne devait pas se poser au temps où l'on interprétait littéralement la loi Atinia. Car la prohibition d'usucaper édictée par cette loi ne s'appliquait strictement qu'à l'objet de la soustraction, envisagé au moment même de cette soustraction ; donc elle n'atteignait l'enfant de l'*ancilla subrepta* que s'il était lui-même *subreptus*, c'est-à-dire s'il existait déjà (et par conséquent s'il était au moins conçu) au moment de la *subreptio* de la mère. Quant à l'enfant conçu après la *subreptio*, fut-ce chez le voleur lui-même, il n'était pas *subreptus*, et pouvait toujours être usucapé, soit par le voleur, soit par un acquéreur quelconque, de bonne ou de mauvaise foi. La question de la bonne foi ne se posait pas dans ce cas sous l'empire de la loi Atinia[3].

Ces conclusions sont imposées par l'interprétation littérale et logique de la loi Atinia. En outre l'une d'elles au moins — celle

[1] Les mots *et apud te conceptum* rompent l'ordre chronologique du développement (<quod> ex ea natum et apud te conceptum est). Mais pourquoi les aurait-on insérés ici? Ce n'est pas pour exiger la bonne foi au moment de la conception : les mots *ex ea natum* y suffisaient; si la bonne foi existe au moment de la naissance, elle existe *a fortiori* au moment de la conception. Mais c'est pour mettre notre texte d'accord avec une théorie qui existait au temps de Justinien, mais qu'ignoraient Trebatius et même Pomponius : celle d'après laquelle le part de la femme esclave est furtif si cette femme était enceinte lors du vol ou si la conception avait eu lieu chez le voleur (Ulpian., *l. XLII ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 48, 5.

[2] *Infra*, p. 535, n. 1.

Cf. le *responsum* de Brutus et Manilius relatif au *thensaurus*. *Supra*, p. 273.

qui concerne la possibilité d'usucaper l'enfant conçu chez le voleur — est attestée par un texte formel. C'est un passage des *Quaestiones* de Q. Cervidius Scaevola (écrit, par conséquent, au plus tôt sous le principat de Marc-Aurèle et Commode, c'est-à-dire après 177 [1]).

Ulpien *(l. XVII ad edictum)* :

Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum iuvencum non posse : sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit se putare usucapere posse et partum : nec enim esse partum rei furtivae partem [2]. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat [3].

Ce témoignage nous est parvenu en mauvais état. Les éditeurs du Digeste ont dû restituer la dernière phrase, incompréhensible dans la teneur que nous a transmise la Florentine [4]. Cette tentative ne suffit pas à la sauver : la proposition principale a pour sujet *partus;* la proposition incidente conditionnelle *nec si... peperisset* n'a pas de sujet; elle ne pourrait avoir pour sujet qu'*ancilla*, ou un mot analogue, qui manque. Cela donne lieu de craindre que cette partie du texte ait été gravement retouchée. Est-ce Ulpien le coupable ? Sont-ce les compilateurs de Justinien ? La mutilation se réduit-elle à des coupures maladroites ? Ou bien comporte-t-elle de véritables remaniements ? Nous ne nous prononcerons pas, mais nous éviterons de nous appuyer sur la partie suspecte du texte. La partie pure atteste qu'au temps de Scaevola la discussion était encore ouverte sur le point de savoir si l'enfant conçu après le vol, mais chez le voleur, était susceptible ou non d'usucapion. Marcellus professait la négative, et Scaevola l'affirmative. Ulpien ne prenait pas parti [5].

Peut-être cependant opposera-t-on à ce texte un texte d'Ulpien qui donne une solution contraire.

[1] Fitting, *Alter und Folge*², p. 68.

[2] Voy. la *lex geminata* rapportée au titre *De verborum significatione* (*Dig.*, 50, 16, fr. 26) : Partum non esse partem rei furtivae Scaevola libro undecimo quaestionum scribit.

[3] *Dig.*, 41, 3, fr. 10, 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 533, n° 574.

[4] Ceterum si esse pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisse, usucapi poterat.

[5] Du moins à nous en tenir au texte tel qu'il figure au *Digeste*. Cf. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 119.

Ulpien *(l. XLII ad Sabinum)* :

Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem : sed in hoc posteriore casu furti actio cessat[1]. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum quod in partu. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur : at partus ancillae non numeratur in fructu[2].

Ce fragment affirme donc, dans des termes qui excluent toute ambiguïté, que l'enfant de l'*ancilla subrepta* est imprescriptible, même s'il a été conçu chez le voleur.

Si ce texte appartenait intégralement à Ulpien, il n'offrirait pas de réelle difficulté. On résoudrait la question chronologiquement : Ulpien a écrit son commentaire sur Sabinus quarante ans environ[3] après que Scaevola avait écrit ses *Quaestiones*. La solution de Marcellus, encore combattue par Scaevola, aurait triomphé au temps d'Ulpien. Telle est, par exemple, l'explication que donne M. Appleton[4].

Cette explication doit être revisée ou complétée. En effet le texte d'Ulpien renferme un noyau doctrinal ancien. On admet aujourd'hui (MM. Bremer, Lenel, Schulz[5]) qu'Ulpien cite le passage de Sabinus qu'il commente. La partie sabinienne du fragment serait, d'après M. Lenel, la suivante :

Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei posses-

[1] Les mots *Sed in hoc... cessat* sont interpolés, à en croire M. Beseler, *Beiträge*, I, p. 113.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 48, 5. Lenel, *Paling.*, II, c. 1169-1170, n° 2885; Bremer, II, 1, p. 516. Sur ce texte, voy. Unterholzner-Schirmer, *Verjährungslehre*², I, p. 217, n. 225; Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig, 1860-1864, I, p. 448.

[3] Nous n'avons pas besoin de préciser davantage. Cf. Fitting, *Alter und Folge*², p. 112, qui place les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien entre 211 et 217.

[4] Appleton, *Propriété prétorienne*, I, p. 119.

[5] Lenel, *Paling.*, II, cc. 1169-1170 et n. 1; Bremer, II, 1, p. 516, n° 123; Schulz, *Sabinusfragmente in Ulpians Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, p. 84. Voy. déjà Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 360, 2.

sorem. Idem et in pecudibus servandum et in fetu eorum, quod in partu[1].

Et alors, si les mots *vel apud furem concepit* ont pour auteur Sabinus, il s'ensuit que, bien avant le temps de Marcellus et de Scaevola, on excluait l'usucapion pour l'enfant conçu chez le voleur.

Cette difficulté ne saurait nous arrêter : évidemment les mots *vel apud furem concepit* n'ont pas Sabinus pour auteur. Sinon le témoignage de Scaevola ne se comprendrait pas. Les mots *vel apud furem concepit* sont tout au plus d'Ulpien, et plutôt même des compilateurs. Rien n'établit qu'on tranche négativement avant le temps d'Ulpien, peut-être même au temps d'Ulpien, la question de savoir si l'enfant conçu chez le voleur depuis le vol est susceptible d'usucapion. A cet égard la *subreptio* exclusive de l'usucapion s'envisage encore *ratione initii*.

Mais il est non moins certain qu'à d'autres égards on s'est écarté de l'ancienne interprétation littérale de la loi Atinia. Le témoignage de Sabinus que nous venons de rencontrer prouve qu'on exige la bonne foi de celui qui usucape le part de l'*ancilla furtiva*, et qu'on restreint ainsi le champ de cette usucapion.

Cette innovation doit se traduire par des vues théoriques toutes nouvelles. La *subreptio* est un fait qui se réalise une fois pour toutes, en un trait de temps, et qui, une fois réalisé, ne dépend plus des événements ultérieurs[2], et, notamment, des circonstances qui

[1] M. Schulz croit que la phrase *Ex furtivis equis... peri habent* appartient encore à Sabinus.

[2] On trouve une application intéressante de cette idée, — placée précisément sous l'autorité de Trebatius, en même temps que d'Ofilius et de Labéon, — dans un texte de Javolenus (*l. IX ex posterioribus Labeonis*) Dig., 46, 3, fr. 95 : Latrones tibi servum eripuerant; postea is servus ad Germanos pervenerat; inde in bello victis Germanis servus venierat. Negant posse usucapi eum ab emptore Labeo Ofilius Trebatius, quia verum esset eum subreptum esse, nec quod hostium fuisset aut postliminio redisset, ei rei impedimento esse (Lenel, *Paling.*, I, c. 315, n° 231 : Bremer, I, p. 417, II, 1, p. 219; II, 2, p. [illegible]). Le texte paraît plus loin que les mots *nec... ei rei impedimento esse* restent en l'air : mais cette tache s'explique par une transposition maladroite du style indirect d'un [illegible] de l'un des jurisconsultes précités (peut-être à Ofilius). Le *Respondi non posse... nec ei rei impedimento esse* a été grossièrement remplacé par un *Negant posse... nec ei rei impedimento esse*. — L'espèce est la suivante : Un esclave, enlevé par des brigands, a passé, après diverses vicissitudes, chez les Germains. A la suite d'une défaite des Germains, il est tombé au pouvoir des Romains vainqueurs, et a été vendu avec le reste du butin. L'achetant peut-il l'usucapter? Ofilius, Trebatius et Labéon

peuvent affecter la conscience du possesseur de la *res subrepta*. La *bona fides*, au contraire, est un état de conscience, soumis aux lois de la durée, et qui peut, par suite, se perdre, exister chez certains possesseurs, faire défaut chez certains autres, etc. La *subreptio* a donc un caractère absolu, la *bona fides*, un caractère relatif. Tandis que, en partant de l'idée de *subreptio*, on doit admettre tout possesseur à usucaper le part de l'*ancilla subrepta* conçu après la *subreptio*, en partant de l'idée de *bona fides*, on doit exclure tout acquéreur de mauvaise foi, et en première ligne le *subripiens* lui-même, qui ne peut jamais usucaper, parce qu'il est toujours de mauvaise foi.

Il est bien difficile d'ailleurs de savoir, faute de témoignages suffisants, comment on a pu accrocher la théorie nouvelle aux termes de la loi Atinia. N'était-ce pas faire violence à ces termes que de les appliquer à l'acquéreur de mauvaise foi, et au *subripiens* de l'*ancilla* lui-même, dans un cas où l'objet de l'usucapion, s'il était peut-être furtif, n'était pas, du moins, *subreptus*? Peut-être a-t-on usé d'une interprétation extensive du mot *subripere*? On aurait dit, en argumentant à peu près comme l'ont fait les commentateurs de la *Constitutio Rutiliana*[1] : c'est soustraire qu'acquérir ou posséder de mauvaise foi *(Qui mala fide emit* ou *possidet, videtur subrupisse)*. Mais cela n'est pas certain, et nous en sommes réduits aux conjectures.

répondent négativement. L'esclave a été l'objet d'une soustraction. Il reste une *res subrepta*, et tombe, comme tel, sous le coup de la loi Atinia. Peu importe à cet égard qu'il ait appartenu aux ennemis, qu'il soit revenu à Rome *(Postliminio redire*, ou, mieux, *postliminium redire*, signifie uniquement *rentrer à Rome*. Pernice, *Labeo*, I, p. 375, 50), qu'il y ait été vendu *sub corona*, etc. Ofilius, Trebatius et Labéon se fondent sans doute sur l'interprétation littérale des termes de la loi Atinia : la qualité de *res subrepta* s'apprécie *ratione initii* (Pernice, *Labeo*, I, p. 375, 51); elle ne disparaît que par la *reversio ad eum cui subrepta est* prévue par la loi. — Labéon, qui a recueilli cette solution chez ses devanciers, paraît l'avoir rattachée à un principe plus général. Voy. Labeo, *l. IV Pithanón a Paulo epitomatorum. Dig.*, 49, 15, fr. 28 : Si quid bello captum <et amissum bello receptum> est, in praeda est, non postliminio redit.

[1] *Fragm. Vatic.*, 1. On sait que les interprètes de la *Constitutio Rutiliana* avaient exceptionnellement requis la bonne foi pour l'usucapion, au titre *pro emptore*, des *res mancipi* d'une femme en tutelle. A notre connaissance, il n'existait pas d'autre cas dans lequel les *veteres* se préoccupassent de la bonne foi de l'usucapant. *Supra*, p. 357. Encore peut-on se demander si les premiers interprètes de la *Constitutio Rutiliana* prenaient les mots *bona fide* dans un sens subjectif ou dans un sens objectif. Cf. *infra*, c. XVII, § 21.

Quoi qu'il en soit, en substituant la théorie de la *bona fides* à celle de la *subreptio*, et en considérant comme imprescriptible non seulement ce qui a été soustrait, mais encore ce qui est possédé *mala fide* même sans soustraction, la doctrine élargissait le champ d'application de la loi Atinia. On pouvait dire désormais que cette loi s'appliquait non seulement aux *res subreptae*, mais encore à toutes les *res furtivae*.

C'était là une transformation extrêmement importante. Sur un point cette transformation est demeurée inachevée.

Du moment qu'on partait désormais de l'idée de *bona fides*, il eût été logique d'exiger que la bonne foi durât pendant tout le délai requis pour usucaper. On n'osa pas aller jusque-là. On se borna à exiger la *bona fides* lors de la prise de possession. On envisagea la possession *ratione initii* : ce qui se comprend difficilement, puisqu'on se place désormais, non sur le terrain de la *subreptio*, mais sur celui du *furtum*, qui est un délit permanent[1]. Mais le développement historique de tout le système explique ce défaut de logique : la règle *Mala fides superveniens non nocet* est une survivance de la théorie, par ailleurs abandonnée, de la *subreptio*.

Le *responsum* que nous étudions, dans la forme où il nous est parvenu, implique donc la reconnaissance sans réserve (= *omnimodo*) de la règle *Mala fides superveniens non nocet*[2]. Il implique aussi la reconnaissance d'à peu près toutes les règles classiques sur la prohibition d'usucaper les *res furtivae*, et sur la *bona fides* requise pour usucaper les *res non furtivae*. Nous rencontrons ici ces règles pour la première fois, et dans leur plein développement. Trebatius les aurait donc admises longtemps avant Sabinus. Si le texte était par ailleurs au-dessus du soupçon, nous devrions enregistrer purement et simplement cette constatation. Mais nous savons que le texte est mutilé, et certainement interpolé sur plusieurs points. Nous concluons donc qu'il y a des chances pour qu'il soit interpolé sur d'autres points, dans une mesure

[1] Sur la question de savoir si le *furtum* est un délit *permanent*, *successif*, ou bien un délit *transitoire*, voy. Ferrini, *Diritto penale romano*, pp. 84 et sqq., Pampaloni, *Continuazione e ripetizione di furto*. *Studi sopra il delitto di furto*, I (1900), pp. 90 et sqq., et *Studi senesi nel circolo giuridico della R. Università*, IX (1892), pp. 235 et sqq.

[2] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 352.

difficile à déterminer[1], ou, plutôt, pour qu'il n'émane pas de Trebatius.

Cette deuxième explication est très vraisemblable, — on peut presque dire certaine. A vrai dire, la mention de Trebatius dans les *Libri ad Sabinum* de Pomponius reste admissible *à priori :* nous savons que Pomponius cite assez fréquemment Trebatius dans cet ouvrage[2]. On a même pu supposer qu'il reproduit ici cette mention de seconde main[3], peut-être en l'empruntant à Mas. Sabinus. Au surplus, Trebatius paraît s'être occupé en effet de l'imprescriptibilité des *res furtivae*[4].

Néanmoins Cujas a déjà soupçonné que notre texte appartient à Neratius plutôt qu'à Trebatius[5]. La leçon *Trebatius* est due à une distraction de copiste. On peut faire valoir en faveur de cette idée des raisons de fond, qui ont leur prix, mais qui ne suffisent pas à emporter la conviction[6], et une raison de texte, qui est décisive. Cette raison de texte se tire d'un passage de l'Ἑξάβιβλος d'Harmenopule, ainsi conçu :

Ἐὰν κλοπιμαίαν θεράπαιναν πίστει καλῇ ἀγοράσῃς, εἴγε αὐτὴ γεννήσῃ παρά σοί, δύνασαι οὐτουκαπιτεύειν, εἰ καὶ ἐν τῷ μέσῳ τῆς οὐσουκαπίονος χρόνῳ ἔμαθες κλοπιμαίαν εἶναι τὴν θεράπαιναν, καὶ οὕτω μὲν ἀδιαστίκτως ὁ Νεράτιος εἶπεν[7].

C'est bien la reproduction littérale du témoignage attribué à Trebatius, mais elle est placée sous le nom de Neratius. Dans le conflit qui s'élève ainsi entre deux leçons, celle du Digeste, et celle de l'Ἑξάβιβλος, nous devons faire prévaloir celle qui repose sur la meilleure source. On a donné pendant longtemps la préférence au

[1] Il serait évidemment insuffisant de remplacer les expressions *ancilla furtiva, mater... furtiva* par les expressions *ancilla subrepta, mater... subrepta.*

[2] Cinq fois en tout, comme Ofilius, tandis qu'il ne cite que trois fois Servius et une fois Alfenus. Bremer, II, 1, p. 388; Fitting, *Alter und Folge*², p. 37.

[3] Fitting, *Alter und Folge*², p. 37.

[4] *Supra*, p. 531, n. 2.

[5] Cujas, *Opera*, I, p. 1149.

[6] Riccobono, *Sul fr. 4 pr. D. pro suo*, *l° c°*, p. 5; Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 402, n. 3, remarque, en faveur de la conjecture de Cujas, que Paul, *l. II ad Neratium (Dig.*, 3, 5, fr. 18, 3) déclare avec une particulière netteté que la *bona fides* n'est requise qu'au moment de l'acquisition de la possession. Mais Pernice fait lui-même des réserves.

[7] *Constantini Harmenopuli Manuale legum sive Hexabiblos*, éd. Heimbach, Lipsiae, 1851, III, 3, 92.

Digeste, dont les rédacteurs ont eu entre les mains l'ouvrage original de Pomponius, sur l'Ἐξαβίβλος, œuvre de basse époque, qui semble n'avoir recueilli la doctrine ancienne qu'après des transmissions multiples[1]. Mais aujourd'hui cette attitude n'est plus de mise : Mr Riccobono a prouvé que le témoignage d'Harmenopule dérive ici d'une traduction grecque littérale (complète ou fragmentaire ?), et antérieure à Justinien, des *Libri ad Sabinum* de Pomponius[2]. Dès lors c'est pour nous la leçon *Veratius* qui s'impose.

Concluons : Le texte que nous venons d'étudier n'est pas de Trebatius. Nous n'en pouvons tirer aucune conclusion pour l'histoire du *furtum* et de l'usucapion antérieurement à Mas. Sabinus. Le témoignage de Sabinus reste le premier témoignage certain sur la bonne foi requise pour usucaper le part de l'*ancilla furtiva.*

2

2° Serons-nous plus heureux ailleurs ? Trebatius aurait défini pour la première fois une condition nouvelle d'existence du *furtum*, à savoir l'intention de réaliser un enrichissement gratuit *(lucrum)*.

Cela résulte d'un fragment de Gaius *(l. II rerum cottidianarum sive aureorum) :*

Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis ; itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus : quod verius est[3].

Un chasseur blesse une bête sauvage assez grièvement pour qu'elle ne puisse manquer de tomber dans ses mains. En acquiert-il

[1] Riccobono, *Sul fr. 3 pr. D. pro suo*, [illegible], p. 4.

[2] Riccobono, *l. c.*, pp. 18 sq. — basant sur le passage correspondant de la *Summa* conservée dans le manuscrit 42, 1 fr. de la Bibliothèque nationale de Paris (fol. 28 b), qu'Heimbach (*Basilic.*, *Prolegom.*, VI, p. 42) incline à attribuer à Dorotheus.

[3] *Dig.*, 41, 1, tit. 5, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. [illegible], n. 461 et II, c. 350, n. 71. Bremer, I p. 414. Cf. Just., *Inst.*, II, 1, 13.

immédiatement la possession, et, par suite, en devient-il immédiatement propriétaire par occupation ? Trebatius répond affirmativement : la bête appartient au chasseur tant qu'il continue à la poursuivre. Mais s'il abandonne la poursuite, la bête cesse de lui appartenir, et appartient à la première personne qui la saisit. En appliquant ces idées, on décidera donc que si, pendant que la poursuite dure, un passant s'empare de la bête avec l'intention de se l'approprier, ce passant commet un vol.

Cette solution de Trebatius n'a pas prévalu, semble-t-il. Plusieurs auteurs, que Gaius approuve, admettent qu'on n'acquiert la possession de la bête chassée qu'en l'appréhendant effectivement ; jusque-là trop d'accidents peuvent mettre obstacle à la capture.

Ce texte intéresse surtout l'histoire de la possession et de l'occupation. Il a été souvent commenté à ce point de vue[1]. Mais nous ne l'étudions que dans la mesure où il touche à la notion du *furtum*. Nous y voyons paraître une idée nouvelle, l'idée que la *contrectatio* constitutive du *furtum* doit répondre à une intention d'enrichissement *(lucrum*[2]*)*. Dans les témoignages étudiés jusqu'à présent, il n'avait été question, comme condition subjective du *furtum*, que de la mauvaise foi[3]. Notre texte n'en parle pas, sans doute parce que les circonstances mêmes qu'implique l'hypothèse posée excluent nécessairement la bonne foi : celui qui s'empare d'une bête déjà blessée, forcée, serrée de près, peut difficilement prétendre qu'il ignorait l'existence du chasseur et son droit sur le

[1] Schirmer, *Noch einmal das Jagdrecht des römischen Grundeigenthümers*. *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, III (1882), R. A., p. 31 ; Czyhlarz, *Die Eigenthumserwerbsarten des Pandektentitels de acquirendo rerum dominio 41, 1* (Glueck, *Pandektencommentar, Serie der Bücher 41-42*, I. Erlangen, 1887, pp. 176-178 ; Cuq, *Institutions juridiques*, II, p. 211, 3.

[2] Sabinus exige aussi, nous le verrons (*infra*, c. xvi, § 20), l'*animus lucri faciendi*, mais uniquement pour le cas de vol portant sur des choses sans maître (*res iacentes*). L'hypothèse envisagée par Trebatius est différente, puisque, pour ce jurisconsulte, la bête forcée appartient au poursuivant même avant qu'il l'appréhende. Celui qui s'en empare vole donc une *res aliena*.

[3] On ne saurait arguer d'un témoignage de Cicéron (*In Verr.*, Act. II[a], 3, 46, 111 : ex lucri magnitudine coniecturam capere furti (qu'au temps où l'orateur écrivait sa deuxième *actio* contre Verrès (peu après 684 = 70, c'est-à-dire sans doute avant l'époque où écrivait Trebatius) l'intention lucrative était déjà requise comme élément du *furtum*. Rapproché du contexte, ce passage signifie seulement que l'énormité même d'une exaction commise permettait de conjecturer qu'elle profitait à Verrès plutôt qu'à un subalterne.

gibier. Mais notre texte spécifie qu'il faut, en outre, qu'il entende s'approprier la bête saisie (= *ut ipse lucrifaceret*). S'il ne voulait l'appréhender que pour jouer un mauvais tour au chasseur, l'action *furti* ne s'appliquerait pas.

Les mots *eo animo, ut ipse lucrifaceret*, auxquels nous attachons une importance particulière, se trouvent compris dans la partie du texte gouvernée par la proposition principale *Trebatio placuit*... Il semble donc qu'ils appartiennent à une citation de Trebatius[1]. S'il en était autrement, et s'ils sortaient en réalité de la plume de Gaius[2] ou des compilateurs[3], leur valeur serait beaucoup moindre pour nous. Ainsi, par un sort malheureux, l'incertitude plane sur tous les témoignages relatifs au *furtum* qui pourraient réhabiliter la mémoire de notre jurisconsulte !

[1] MM. Lenel (II, c. 350, n° 71) et Brewer (*l. c.*) semblent, par la façon dont ils découpent leur citation, partager cette manière de voir. Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 154-155, semble attribuer à Mas. Sabinus l'exigence de l'intention de s'enrichir gratuitement comme condition du *furtum*.

[2] Le style du contexte est plutôt celui de Gaius. Pour l'emploi de *eo usque*, voy. Kalb, *Roms Juristen*, pp. 75-76; pour l'emploi de *videri (nostrum) videri furtum videri nobis eum commisisse*, voy. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius* p. 63. Cf. aussi Gilbert, *Zur Sprache der Gaiusischen Digestenfragmente*, *II Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XVIII (1897), p. 221.

[3] Les mots *eo animo, ut ipse lucrifaceret* pourraient être interpolés. Nous démontrerons ailleurs que l'exigence de l'*animus lucri faciendi* comme condition générale d'existence du *furtum* est due aux compilateurs. *Infra*, c. XVII, § 16, note, et notre article sur *l'Animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol* (dans le *Recueil jubilaire* publié en l'honneur de S. Perozzi).

CHAPITRE XIV

M. ANTISTIUS LABEO

§ 1. Classification des textes de Labéon relatifs au *furtum*. — § 2. L'actio *furti*. Son extinction par le serment. — § 3. Le *vadimonium* dans l'action *furti*. — § 4. Les éléments constitutifs du *furtum* : l'opposition de la victime. — § 5. Le cas du *falsus procurator*. — § 6. Textes relatifs à la légitimation active de l'action *furti*. — § 7. L'extension de la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi* à un cas de vol sans *subreptio* (*Dig.*, 13, 7, fr. 3). Ce texte implique que Labéon ignorait encore la règle *Furtum fit possessionis*. — § 8. Le fr. 15 (*Dig.*, 10, 4), qui paraît défavorable à cette conclusion, est interpolé. — § 9. Les commentaires de Labéon sur les premiers édits touchant au *furtum*. L'édit *si familia furtum fecisse dicetur* et la transmissibilité active de l'action *furti*. — § 10. L'édit *si is qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur*. — § 11. Le crime de péculat : définitions de Labéon. — § 12. Textes relatifs à la *condictio ex causa furtiva*. Labéon ne l'admet encore qu'au cas de *furtum* sans soustraction. — § 13. *Condictio ex causa furtiva* et *condictio possessionis*. Le *furtum fundi*. — § 14. L'extension de la *condictio ex causa furtiva* à des cas exceptionnels de soustraction (soustraction *eorum quae de fundo tolluntur*). — § 15. La légitimation passive de la *condictio ex causa furtiva*. Labéon ne donne encore la *condictio*, à raison du vol commis par un fils, que contre son *paterfamilias*. — § 16. Cette *condictio* ne s'intente pas *de peculio*. Elle tend à faire obtenir ce dont le *paterfamilias* s'est enrichi *ex causa furtiva*. — § 17. Récapitulation : ce que la doctrine du *furtum* doit à Labéon.

I

Nombreux sont les textes qui représentent la part contributive de Labéon dans l'élaboration de la théorie du *furtum*. Nous connaissons déjà son étymologie du mot *furtum*, empruntée à Varron[1], et sa critique de l'ancienne jurisprudence sur le vol, avec les références qui l'accompagnaient[2]. Nous savons aussi qu'il a voulu réformer la classification quadripartite des *genera furtorum*, due à Servius Sulpicius, pour lui substituer une classification bipartite

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 1 pr. (*supra*, p. 427).
[2] Gell., *N. A.*, VI (VII), 15, 1 (*supra*, p. 329).

plus systématique[1]. Nous savons même qu'il a, selon toute probabilité, dégagé les premiers linéaments de la théorie de la complicité[2], et interprété la *reversio ad eum cui subruptum est* de la loi Atinia dans le sens d'une *reversio ad dominum*[3]. Il nous reste à analyser plusieurs témoignages placés sous son nom, que nous n'avons pas encore rencontrés. Nous aurions désiré restituer à ces témoignages la place qu'ils occupaient originairement dans l'œuvre du jurisconsulte. Malheureusement il y en a beaucoup, et non des moins importants, dont nous ignorons la provenance. Nous nous bornerons donc à récapituler, dans un tableau d'ensemble, les textes dont l'origine peut s'identifier[4]. Mais ensuite nous les étudierons tous d'après leurs affinités logiques.

Labéon a touché au *furtum :*

1° Dans le deuxième livre de sa monographie *ad duodecim tabulas ;* Gellius, VI, 15, 1[5].

2° Dans ses *Libri ad edictum praetoris*[6]. Toutefois, aucune référence expresse ne s'y rapporte. Ce n'est que par voie de conjecture qu'on peut leur attribuer assez naturellement[7] les fragments qui commentent certains édits sur le *furtum* ou certains termes de la formule *furti nec manifesti : Dig.*, 15, 1 fr. 7, 5 ; 47, 4, fr. 1, 1 ; fr. 3 ; 47, 6, fr. 6, pr. et § 1 ; 50, 16, fr. 53, 2 (peut-être 47, 2, fr. 23 et 50, 16, fr. 14, pr.).

3° Dans le deuxième livre[8] de ses Πιθανῶν *libri : Dig.*, 47, 2, fr. 92 (peut-être aussi dans le cinquième livre, à propos de la loi Atinia : *Dig.*, 41, 3, fr. 49)[9].

4° Dans ses *Posteriorum libri*. C'est à cet ouvrage posthume que se rattachent la majorité des témoignages qui indiquent leur provenance. L'abrégé de Javolenus touche au *furtum* dans son livre cinquième (sans doute à propos du contrat de louage : *Dig.*, 19, 2,

[1] Gaius, *Inst.*, III, 183 (*supra*, p. 486, et *infra*, c. xvii, § 3.

[2] *Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2 (*supra*, p. 397). Cf. *Dig.*, 47, 2, fr. 50, 4 (*supra*, p. 396).

[3] *Dig.*, 41, 3, fr. 49; 41, 3, fr. 4, § 7 et 9 (*supra*, p. 285, 2); 49, 15, fr. 27 (*supra*, p. 531, 2).

[4] Cf. Marton, *op. cit.*, p. 47.

[5] *Supra*, pp. 18-19.

[6] *Urbani* ou *peregrini?* Cf. Bremer, II, 1, pp. 83-84; 89-92.

[7] En ce sens, Lenel, *Paling.*, I. c. 514-515; Bremer, II, 1, p. 114.

[8] Le plan des Πιθανῶν *libri* suivait-il le plan des *Libri ad duodecim tabulas?*

[9] Cf. Lenel, *Paling.*, I, cc. 531 et 532; Bremer, II, 1, p. 151.

fr. 60, 2 et 5 ; 47, 2, fr. 91, pr. et dans son livre neuvième (*Dig.*, 47, 2, fr. 91, 1) ; l'édition originale y touchait au moins dans son livre trente-huitième (*Dig.*, 48, 13, fr. 11, § 2, 3 et 6)[1].

Nous ne savons pas d'où sont extraits les autres témoignages sur le *furtum* qu'on attribue à Labéon : Gaius, III, 183 ; *Dig.*, 9, 2, fr. 5, 2 ; 10, 4, fr. 15 ; 12, 4, fr. 15 ; 13, 7, fr. 3 ; 15, 1, fr. 3, 12 ; 47, 2, fr. 1, pr. ; 47, 2, fr. 25, pr. et § 1 ; 47, 2, fr. 31, 1 ; 47, 2, fr. 50, 4 ; 47, 2, fr. 52, 11 ; 47, 7, fr. 1.

Nous analyserons successivement[2] :

1° Ceux de ces textes qui sont relatifs à l'action *furti* du droit commun ;

2° Ceux qui sont relatifs à des variétés spéciales de *furtum* ;

3° Ceux qui sont relatifs à la *condictio ex causa furtiva*.

2

Deux témoignages seulement se réfèrent à la procédure de l'action *furti*. A. L'un nous renseigne sur son extinction par le serment. Malheureusement, il ne nous est pas parvenu dans sa teneur originale.

Ulpien *(l. XI ad edictum)* :

Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam : Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam senten-

[1] Bremer, II, 1, p. 180.

[2] Bornons-nous à mentionner, sans y insister autrement, un témoignage de Lenel tiré de son commentaire sur l'édit *Quod cum eo qui in alieno potestate est negotium gestum esse dicetur*, — édit sans doute récent au temps où écrivait notre jurisconsulte (sans quoi l'on ne comprendrait pas qu'on lui attribuât tant de solutions novatrices sur la matière. Voy. Lenel, *Paling.*, I, cc. 512-513, n°s 85-93). Le témoignage en question est relaté par Ulpien *(l. XXIX ad edictum)* : « ... et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur ; hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait. » *(Dig.*, 15, 1, fr. 7, 5. Lenel, *Paling.*, I, c. 512, n° 87. II, c. 596, n° 85. Bremer, II, 1, p. 87, 151). Il s'agissait pour Labéon d'interpréter les mots de l'édit *dumtaxat de peculio*, et, par suite, de fixer la consistance du pécule. Le pécule peut-il comprendre des créances, et spécialement des créances pénales ? Si un bien du pécule était volé, l'action *furti*, acquise au maître, ferait-elle partie du pécule ? Notre fragment répond affirmativement. De même l'hérédité ou le legs déféré à l'esclave, bien qu'acquis au maître, tomberait dans le pécule. — Remarquons toutefois que les mots *si quid furti actione... computabitur* appartiennent beaucoup moins sûrement à Labéon que les mots *hereditas quoque et legatum*.

tiam et Marcellus libro octavo digestorum probat : stari enim religioni debet[1].

M. Lenel a reconnu que ce fragment se rapportait à l'action *furti*[2] : le livre VII des *Digesta* de Marcellus traite du vol. Le remaniement se trahit par l'incorrection de la forme : dans une même phrase, le parjure est désigné successivement à la deuxième personne : (= *iuraveris, absolutus sis)*, puis à la troisième (= *in eum)*. Apparemment, les compilateurs ont voulu généraliser une solution donnée par Ulpien pour un cas particulier. M. Lenel propose une restitution, vraisemblable dans son ensemble, mais de laquelle nous ne pouvons pas, naturellement, tirer de conclusions fermes[3] :

Si fur deferente me iuraverit et absolutus sit, postea periurium fuerit (sit ?) adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam.

Dans quelles circonstances le serment en question est-il prêté ? Cela n'apparaît pas clairement. Sans doute les compilateurs pensent à un *iusiurandum necessarium*[4]. Mais Ulpien, Marcellus, Pomponius et Labéon y avaient-ils pensé ? C'est d'autant moins probable qu'il paraît établi aujourd'hui que l'opposition entre le *iusiurandum necessarium* et le *iusiurandum voluntarium* ne date que de Justinien[5]. Mieux vaut se demander s'ils avaient pensé à un serment déféré *in iure*, à un serment déféré *in iudicio*, ou à un serment extrajudiciaire. Les mots *et absolutus sis* excluent, à notre avis, l'idée d'un serment extrajudiciaire[6]. L'idée d'un serment *in*

[1] *Dig.*, 4, 3, fr. 21. Lenel, *Paling.*, I, c. 507, n° 40.

[2] Lenel, *Paling.*, I, c. 507, 1 ; c. 607, 1 ; Bremer, II, 1, p. 103, 40.

[3] Voy. encore sur ce texte Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten. Zeitsch. der Sav. Stiftung*. VII (1886). p. 82. n° 16, et Biondo Biondi, *Il Giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913, p. 80, 1.

[4] Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 601, 2.

[5] La démonstration a été faite par Mr Biondo Biondi dans l'ouvrage cité ci-dessus : pour cet auteur tout serment judiciaire, *in iure* ou *in iudicio*, est volontaire, du moins à l'époque classique.

[6] Idée acceptée notamment par Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozess*, 1887, p. 55 ; Pernice, *Labeo*, II, 1[2], p. 218. Demelius fait remarquer qu'un serment extrajudiciaire peut entraîner l'absolution du défendeur *exceptionis ope*. Néanmoins, l'idée d'un serment extrajudiciaire cadre mal avec le texte, qui présente l'absolution comme une suite immédiate du serment : quod si deferente me iuraveris et absolutus sis. Les *Basiliques* spécifient (10, 3, 21) : καὶ οὕτω τῆς δίκης ἀπευθεροῦται.

iure ne se concevrait que si nos auteurs envisageaient l'hypothèse d'une *condictio ex causa furtiva*[1]. Mais rien n'est moins sûr[2]. L'idée d'un serment volontaire[3] *in iudicio* paraît s'accorder mieux avec les termes du texte.

Le serment volontaire, judiciaire ou extrajudiciaire, semble en effet un mode d'extinction de l'action *furti* souvent pratiqué. Y a-t-il là un souvenir de l'ancien serment purgatoire dont nous avons relevé quelques traces[4]? Toujours est-il qu'Ulpien y fait d'autres allusions[5], et notamment dans un autre passage de ses *Libri ad edictum (l. XXXVII)* :

Si quis iuraverit se furtum non fecisse, deinde rem furtivam contrectet, furti quidem actio peremitur, rei tamen persecutio domino servatur[6].

Il nous semble qu'il y a beaucoup d'analogie entre ce fragment et celui que nous étudions :

Ulpien, *l. XI ad edict.* :	*l. XXXVII ad edict.* :
Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum...	Si quis iuraverit se furtum non fecisse, deinde rem furtivam contrectet, furti quidem actio peremitur...

Ce parallélisme nous permet de mieux entendre la proposition *deinde rem furtivam contrectet* du second texte : la continuation de la *contrectatio* fournit la meilleure preuve du parjure. Aussi n'y a-t-il pas lieu d'insérer, comme le veut Mommsen, une négation dans

[1] C'est ce qu'admet implicitement M. Von Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, II, p. 353, 8-9, qui rapporte notre texte au *iusiurandum necessarium*.

[2] On pourrait remarquer en ce sens que Marcellus, dans le livre VIII de ses *Digesta*, traitait de la *condictio ex causa furtiva* (*Dig.*, 13, 1, fr. 12, pr. Lenel, *Palingen.*, I, c. 607, n. 113). Dubray, *Contribution à l'étude du serment nécessaire*, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XXXII (1908), p. 356, 2. Mais Marcellus traitait aussi, dans son livre VIII, de l'action *furti* (*Dig.*, 47, 2, fr. 71, Lenel, *Ibid.*, n. 115). Et rien ne prouve que le *iusiurandum in iure* existe dans l'action *furti* (Dubray, *loc. cit.*, p. 356, 1.

[3] Sur les mots *transactum videri*, voy. Biondo Biondi, *op. cit.*, p. 57, n. 1 et 2.

[4] *Supra*, pp. 301 et 314.

[5] *Dig.*, 12, 2, fr. 13, 2 (Ulpian, *l. XXII ad edictum*).

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 27. Cf. *Basil.*, 60, 12, 52, 27.

cette proposition. Malgré le parjure avéré, l'action pénale est éteinte (et le mot *peremitur* s'applique même mieux, semble-t-il, à une extinction *ipso iure* qu'à une extinction *exceptionis ope*[1]); les actions rei persécutoires subsistent seules.

C'était déjà la solution qu'adoptaient Pomponius et Marcellus ; ils proclamaient l'autorité irréfragable du serment *(stari... religioni debet)*. Seul Labéon avait voulu réagir, et avait proposé de donner contre le parjure une action de dol, malgré l'absolution intervenue. Cette réaction contre le formalisme — assez comparable à celle qui a abouti à paralyser l'effet des contrats formels conclus sans cause — n'a pas obtenu le même succès. L'opinion de Labéon paraît n'avoir trouvé aucun écho[2].

3

B. L'autre témoignage est plus énigmatique. Il est transmis par Paul *(l. VII ad Edictum)* :

Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem « abesse », quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Item si dominus rem, quae furto sibi aberat, ignorans emerit, recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit, quia videtur res ei abesse, cui pretium abest[3].

[1] La démonstration détaillée de cette hypothèse ne serait pas à sa place ici. Car elle suppose une étude critique préalable de tous les textes où figure l'expression *actionem perimi*. Beaucoup de ces textes sont en effet notoirement interpolés. Ainsi Mr Eisele a établi l'interpolation du fr. 35, 1, *Dig.* (19, 2) et du fr. 2, 3 (47, 1); MM. Lenel et Beseler ont établi celle du fr. 1, 2 (2, 12); Mr Mitteis *(Mélanges P. F. Girard*, II, p. 231), celle du fr. 1, 1 (2, 9); Mr Segrè, celle du fr. 34, 1, *Dig.* (44, 7), particulièrement gênant pour nous (=altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius) *(Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI (1906), pp. 374 et sqq. Cf. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, Leipzig, 1907, p. 51, 2); etc. D'autres sont corrompus, et, par cela même, suspects (p. ex. *Dig.*, 12, 6, fr. 57, 1; 46, 3, fr. 75). Une fois ce travail d'épuration effectué, il ne resterait plus que des textes dans lesquels les mots *actionem perimi* s'appliquent à une extinction *ipso iure*. L'expression *peremptoria exceptio*, quoique employée par Gaius dans ses *Institutes* (IV, 120 et 121), est beaucoup moins embarrassante qu'elle ne paraît.

[2] Les *Basiliques* disent expressément que l'action *de dolo* ne s'applique pas (10, 3, 21)

[3] *Dig.*, 50, 16, fr. 14, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 504, n° 25; I, c. 977, n° 159; Bremer, II, 1, p. 98, n° 18; p. 568, n° 4 a. *Basil.*, 2, 2, 13.

Ulpien rapporte, dans son livre VII *ad edictum*, un témoignage de Sabinus qu'il convient de rapprocher du précédent.

Res « abesse » videntur (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est : et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re[1].

Les livres VII *ad edictum* d'Ulpien et de Paul traitent du *vadimonium*. Les passages que nous avons transcrits commentaient les mots *rem furto abesse*[2] employés par l'édit *De vadimoniis*. Nous ignorons malheureusement à quelle clause de cet édit appartenaient ces mots. Rudorff les rattachait à la clause *Si ex noxali causa agatur*[3]. M. Lenel préfère les rattacher à la clause *Quibus ex causis vadimonia recuperatoribus suppositis fiant*[4].

1° On sait[5] quel était l'intérêt spécial du *vadimonium* en matière d'actions noxales. Si le maître poursuivi *noxaliter* à raison d'un délit de son esclave s'était borné à promettre par *vadimonium* de recomparaître, cette promesse n'eût assuré au demandeur qu'une garantie insuffisante : car le maître eût pu, dans l'intervalle des deux comparutions, perdre (volontairement ou non) la *potestas* sur le coupable, et le demandeur eût été obligé d'intenter une nouvelle action contre un nouveau défendeur. Pour parer à ce danger, le préteur força le maître à s'engager par *vadimonium* à produire l'esclave *in eadem causa*, c'est-à-dire dans le même état que celui où il se trouvait au moment où le *vadimonium* était fait.

Ce serait à cette clause de l'édit que se relieraient, selon Rudorff, les mots *furto rem abesse*. Au cas d'action *furti* noxale, le maître

[1] *Dig.*, 50, 16, fr. 13, 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 213, n° 225; c. 447, n° 300; Bremer, II, 1, p. 569, n° 4 *b*. *Basil.*, 2, 2, 12, 1.

[2] Voy. le relevé d'autres passages où se retrouve l'expression *furto abesse* dans Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio. I* (*Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Ph. hist. Kl.*, 1913, XII), pp. 33-34, n. 2. De là viendrait, selon cet auteur, l'emploi de la formule *quanta pecunia abest* dans les actions de gestion d'affaires par lesquelles le préteur aurait sanctionné d'anciens cas de *furtum*.

[3] Rudorff, *Die Prozesseroffnung nach dem Edikt* (*Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, IV (1864), pp. 1-122), p. 67.

[4] Lenel, *Edit perpétuel*, I, p. 96; *Edictum*², p. 84.

[5] Fliniaux, *le Vadimonium*, Paris, 1908, pp. 65-67 (à qui nous empruntons quelques expressions); Lenel, *Edit*, I, p. 93; *Edictum*², p. 82.

devrait promettre de produire, non seulement l'esclave, mais aussi les *res quae furto abesse dicuntur*.

2° Cette conjecture est peu vraisemblable, Mr Lenel lui oppose une objection très forte [1] : Paul a déjà examiné dans son livre VI *ad edictum* la clause *Si ex noxali causa agatur* [2]. Pourquoi donc y reviendrait-il au livre VII ?

Aussi Mr Lenel propose-t-il une autre hypothèse. Les mots *furto rem abesse* proviendraient de l'édit sur le *vadimonium recuperatoribus suppositis*, c'est-à-dire sur le *vadimonium* auquel se joint une nomination immédiate de récupérateurs, pour que, si le défendeur ne comparaît pas au jour dit, on puisse le condamner sur-le-champ à la *summa vadimonii* [3]. Cette procédure particulièrement rigoureuse s'appliquerait surtout dans les actions délictuelles, notamment dans l'action *furti*, « non pas dans tous les cas, mais seulement dans le cas *si cui furto res abesse dicetur*, non pas, par conséquent, quand le volé est rentré en possession de la chose sans avoir subi de dommages, et n'agit plus que *de lucro* [4] ». Pas plus que la précédente cette conjecture ingénieuse ne force la conviction [5]. Mr Lenel lui-même en reconnaît la fragilité, et remarque qu'on peut aussi bien supposer, par exemple, que l'action *furti* et quelques autres aient été privilégiées relativement au terme du *vadimonium* et que les jurisconsultes expliquent ce privilège. Mais surtout il semble difficile, sinon impossible, d'admettre qu'on recoure au *vadimonium recuperatoribus suppositis* pour une action qu'on ne renvoie pas à des récupérateurs. La conclusion s'impose si naturellement que Mr Von Velsen a pu se fonder sur la conjecture de Mr Lenel pour soutenir qu'on renvoie l'action *furti* à des récupérateurs [6]. Résultat invraisemblable. Non seulement aucun texte ne parle de récupérateurs à propos de l'action *furti*, mais encore divers indices nous inclinent plutôt à penser qu'on la portait devant un *iudex unus* [7]. Nous devons

[1] Lenel, *Edit*, I, p. 96, 1; *Edictum*², p. 84, 3.
[2] Paul, *l. VI ad edictum. Dig.*, 2, 9, fr. 2; 9, 4, fr. 12.
[3] Gaius, IV, 185. Fliniaux, *le Vadimonium*, pp. 53-62.
[4] Lenel, *Edit*, I, p. 96, 4; *Edictum*², p. 84, 3.
[5] En ce sens, Fliniaux, *le Vadimonium*, pp. 61-62.
[6] Von Velsen, *Beiträge zur Geschichte des edictum praetoris urbani*. Leipzig, 1909, pp. 30-31.
[7] Pour le temps de Cicéron, voy. *supra*, p. 483,1. — Pour le temps de Phèdr

donc renverser le raisonnement de Mr Von Velsen, et dire : les mots *rem furto abesse* ne proviennent pas d'une clause de l'édit appliquant à l'action *furti* le système du *vadimonium recuperatoribus suppositis*.

Notre analyse des témoignages de Labéon et de Sabinus sur la matière aboutit ainsi à un *non liquet*.

4

Labéon fournit d'utiles renseignements sur l'évolution des éléments constitutifs du *furtum* et sur la légitimation active de l'action *furti*.

En ce qui concerne les éléments constitutifs du *furtum*, une question se posait : la soustraction dolosive d'une chose rentre-t-elle dans le *furtum*, alors même que la personne dont le droit est violé ne s'y est point opposée? Labéon semble avoir le premier résolu cette question *(l. II Pithanôn a Paulo epitomatorum)* :

Si quis, cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere.

Et Paul ajoute en note sur ce passage :

Immo contra : nam si quis scit sibi rapi et, quia non potest prohibere, quievit, furti agere potest. At si potuit prohibere nec prohibuit, nihilominus furti aget : et hoc modo patronus quoque liberto

(qui n'est pas éloigné de celui de Labéon et de Sabinus, puisque, selon Schanz, *Gesch. der rom. Litteratur*, II, 2², 1913, p. 42, le fabuliste a écrit les deux premiers livres de son recueil avant l'année 31, date de la mort de Sejan), voy. *Fab.*, I, 10, 4-6 :

Lupus arguebat vulpem furti crimine.
Negabat illa se esse culpae proximam.
Tunc iudex inter illos sedit Simius.

— Pour le temps de Martial, voy. *Epigr.*, VI, 19, 2-4 :

Sed lis est mihi de tribus capellis.
Vicini queror has abesse furto.
Hoc iudex sibi postulat probari.

Le VIe livre des *Epigrammes* se place vers l'année 90 (Schanz, *Gesch. der rom. Litteratur*, II, 2², pp. 184-185). — Enfin, pour le temps de Gaius, voy. la formule de l'action *furti nec manifesti* (*Inst.*, IV, 36) : Iudex esto. Si quem hominem..., etc. — Adde l'argument que tire du fragment d'Iste (75) [illegible] M. Ohlmann, *Textes*, p. 79), Mr Strachan Davidson, *Problems of the roman criminal law*, Oxford, 1912, I, pp. 220-223.

et is, cuius magna verecundia[1] ei, quem in praesentia pudor ad resistendum impedit, furtum facere solet[2].

Primus sait que Secundus enlève sa chose. Il ne s'y oppose pas. Perd-il la faculté d'agir *furti*? A la réponse affirmative de Labéon, conçue en termes absolus, Paul apporte la restriction suivante : Si Primus a connu la soustraction, et qu'il soit resté inactif parce qu'il ne pouvait rien empêcher, il conserve le droit d'agir *furti*. Même s'il a pu empêcher la soustraction, et qu'il ne l'ait pas fait, il n'en agira pas moins *furti* dans certains cas. Le jurisconsulte cite celui où le larcin est commis par un patron aux dépens de son affranchi, ou par une personne à qui le volé doit trop de déférence pour oser lui résister de front[3].

Il ne faut pas exagérer la portée de la décision de Labéon. Nous verrons plus loin[4] que Masurius Sabinus exige, pour que le *furtum* soit punissable comme tel, qu'il soit commis *invito domino*, c'est-à-dire sans le consentement du propriétaire. Aucun texte rencontré jusqu'ici ne consacrait pareille doctrine[5]. Devons-nous croire que Labéon l'a proclamée ici le premier ? En aucune façon. Entre la théorie de Sabinus et la décision de Labéon, il y encore un abîme. Labéon en effet ne vise que l'hypothèse d'une soustraction, c'est-à-dire d'un *furtum proprium*[6] ; il ne vise pas celle d'un *furtum improprium*. En outre il ne parle pas de l'opposition du *dominus*, mais de celle du volé (= *si quis*...), qui peut n'avoir pas la propriété de la *res subrepta*. Enfin Labéon exige du volé, non seulement le défaut de consentement moral, mais encore une *prohibitio*, c'est-à-dire une opposition extérieure, se manifestant en paroles ou en actes. Somme toute, le système

[1] Il faut sans doute rétablir ici un verbe (p. ex. *est*, selon la conjecture de Mommsen). Toute la proposition est embarrassée et de style médiocre. Peut-être les mots *et is cuius... impedit* sont-ils interpolés, ce qui expliquerait l'emploi du verbe *solet* au singulier, maintenu par mégarde là où il faudrait un pluriel *(solent)*.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 92. Lenel, *Paling.*, I, c. 531, n° 531 ; Bremer, II, 1, p. 156, n° 22. Cf. *Basil.*, 60, 12, 91.

[3] Nous empruntons quelques expressions de cette analyse à Desjardins, *Traité du vol*, p. 100.

[4] *Infra*, c. xvi, § 22.

[5] Seul le crime de *plagium* devait, aux termes de la loi Fabia, avoir été commis *insciente vel invito domino (supra*, p. 108).

[6] Il considère évidemment que, dans le cas de *furtum improprium*, le volé a donné son consentement au déplacement initial de la détention.

de Labéon tient dans les trois propositions suivantes : 1. Si Primus a ignoré la soustraction dont il est victime avant qu'elle fût consommée, il peut agir *furti*. 2. Il le peut également si, ayant connu la soustraction, il a vainement essayé de l'empêcher[1]. 3. Mais il ne le peut pas si, ayant connu la soustraction, il ne s'y est pas opposé. C'est contre cette dernière solution, trop rigoureuse à son gré, que s'élève Paul, dont la critique précise la portée de la solution critiquée. Paul n'exige plus du volé cette *prohibitio* que certaines circonstances (faiblesse du volé, crainte révérentielle, etc.) peuvent rendre impossible ; il n'exige de lui que le défaut de consentement interne. Il se réclame donc de la formule plus large qu'a proposée Sabinus, et que Labéon ignorait encore.

5

L'attitude que nous attribuons à Labéon n'est pas démentie, croyons-nous, par un autre témoignage, que rapporte Ulpien *(l. XXXVII ad edictum)* :

Apud Labeonem relatum est, si siliginario quis dixerit, ut quisquis nomine eius siliginem petisset, ei daret, et quidam ex transeuntibus cum audisset, petiit eius nomine et accepit : furti actionem adversus eum, qui suppetet, siliginario competere, non mihi : non enim mihi negotium, sed sibi siliginarius gessit[2].

Primus s'est entendu avec un boulanger[3] pour que celui-ci délivrât une ration de pain à quiconque lui en demanderait de sa part. Un passant, ayant par hasard ouï les pourparlers, se présente soi-disant de la part de Primus, et touche une ration. De nos jours, toucher un faux bon de pain constituerait une escroquerie ; au temps de Labéon, c'était un *furtum*. On se demande qui pourra exercer l'action *furti*. Pour Labéon, c'est le boulanger seul. Car, dit-il, celui-ci a fait sa propre affaire, et non celle de Primus.

[1] De là l'attitude du Proculien Neratius dans le fr. 63 (*Dig.*, 24, 1. *Supra*, p. 89).

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 11 Lenel, *Paling.*, II, c. 676, n° 1032 ; Bremer, II, 1, p. 257. Cf. *Basil.*, 60, 12, 52, 11.

[3] Le mot *siligo* désigne une farine de choix, dont on fait le pain de luxe, réputé aussi le plus nourrissant *(panis siligineus)*. Le *pistor siliginarius* est le boulanger qui fabrique le *panis siligineus*. Voy. notamment Bessier, v° *Pistor*, *Dict.* de Daremberg et Saglio, IV, 1, pp. 497-498). Cf. *C. I. L.*, VI, 1, n° 22 (Inscription relative au *Corpus pistorum siliginiariorum (sic)*).

On relève dans ce texte des bizarreries de forme très apparentes. On trouve *petiit... et accepit* là où il faudrait *petisset... et accepisset*. *Suppetet* (?) est corrompu : Mommsen et M. Bremer ont proposé la correction très plausible *sibi petiit*. Le texte passe inopinément de la forme indéfinie *(si... quis dixerit)* à la forme personnelle *(non... mihi)*. Il n'y a pas lieu néanmoins de conclure à l'interpolation. Ces anomalies s'expliquent suffisamment en supposant qu'Ulpien a transposé avec quelque négligence au style indirect (commandé par les mots *Apud Labeonem relatum est)* un *responsum* qui se trouvait au style direct dans l'original[1]. Tandis que le début du *responsum (= si siliginario quis... ei daret)* est transposé correctement, la suite l'est beaucoup moins bien, et finit par ne plus l'être du tout. Si notre hypothèse est exacte, Labéon avait écrit :

Siliginario dixeram, ut quisquis meo nomine siliginem petisset, ei daret. Quidam ex transeuntibus cum audisset, petiit meo nomine et accepit. <Respondi>[2] furti actionem adversus eum, qui sibi petiit, siliginario competere, non mihi : non enim mihi negotium, sed sibi siliginarius gessit[3].

La seule difficulté du texte réside dans la façon dont Labéon motive sa décision. Il ne la fonde pas sur ce que le pain escroqué appartenait au boulanger ; il la fonde sur les rapports qui existent entre le boulanger et Primus. Dans l'intention des parties, le boulanger ne « faisait pas l'affaire » de Primus *(= non enim mihi negotium... gessit)*, c'est-à-dire qu'il ne livrait pas le pain comme mandataire de Primus. Mandataire, il aurait, en effet, l'action *mandati* pour se faire indemniser des dépenses faites conformément

[1] Comme dans le fr. 19,3 *(Dig.*, 5, 1), également d'Ulpien, et débutant par les mots *Apud Labeonem quaesitum est*, la conjonction *an* manque. Il nous semble que cette question de la transposition au style indirect des témoignages juridiques devrait être étudiée dans son ensemble.

[2] Dans les *responsa* authentiques de Labéon, le verbe (ordinairement *respondi*, parfois *dixi*, *puto*, etc.) est toujours exprimé. Voy. p. ex. *Dig.*, 18, 1, fr. 78, pr. et § 1 ; 19, 2, fr. 60, 3 ; 28, 7, fr. 20 ; 32, fr. 30, pr. et § 1 ; 33, 8, fr. 22, pr. et § 1.

[3] L'emploi de la forme personnelle, à la première personne, dans l'énoncé des espèces, se rencontre très fréquemment chez Labéon. Voy. par exemple *Dig.*, 4, 3, fr. 7, 3 ; 5, 4, fr. 1, 4 ; 9, 2, fr. 57 ; 13, 6, fr. 5, §§ 12 et 14 ; 17, 1, fr. 8, pr. et § 1 ; 17, 1, fr. 10, 8 ; 18, 1, fr. 50 ; 19, 5, fr. 17, 1 ; 19, 5, fr. 19, pr. ; 43, 17, fr. 3, 6 ; 43, 8, fr. 2, §§ 13 et 41.

à son contrat[1], et à quoi bon lui donner l'action *furti?* — Mais le marchand agissait pour son propre compte (= *sed sibi (negotium) siliginarius gessit)*, c'est-à-dire comme vendeur, Primus se faisant livrer la marchandise achetée par l'intermédiaire de mandataires[2]. L'escroc — pseudo-mandataire — n'a point obligé Primus à payer le prix correspondant à la quantité de pain escroquée. Dès lors le boulanger, à qui incombent exclusivement les risques du vol, a l'action *furti*.

Cette décision suppose que l'escroquerie commise en alléguant un faux mandat est toujours réprimée comme *furtum*. Il convient d'éclaircir ce point. Nous possédons sur la question un texte de Masurius Sabinus, rapporté, avec le commentaire de Neratius qui l'encadre, par Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)*:

Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit, nec nummi eius fient. 1. Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit : nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo[3].

MM. Lenel, Bremer et Schulz ont reconnu un *Sabinianum* dans les premières phrases de ce fragment. Mais ils le délimitent différemment. Mr Bremer s'arrête aux mots *nec nummi...* Mr Lenel accepte encore les mots *nec nummi eius fient*, mais il tient les mots *hoc est qui se simulat creditorem* pour un glossème[4]. Mr Schulz[5] attribue à Sabinus les deux premières phrases tout entières, de *Falsus cre-*

[1] Ce qui semble bien être le cas ici : à s'en tenir aux données du texte, — et nous n'avons pas le droit d'y rien ajouter, — le boulanger n'a pas dépassé les termes de son mandat.

[2] C'est l'explication d'Hypothéodorita (*Basil.*, 60, 12, 52, 11, sch. 20).

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 43, pr. et 1; Lenel, *Paling.*, II, c. 1165, n° 2869. Bremer, II, 1, p. 514. *Basil.*, 60, 12, 43, et sch. 1-7. Sur ce texte, voy. la dissertation de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III[7], pp. 398 et sqq.

[4] Il est suivi par M. Krueger dans son édition du *Digeste* (*Editio stereotypa duodecima*).

[5] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 79.

ditor... à *facere videtur*. Ses raisons sont bonnes, et nous croyons devoir le suivre. Nous éliminons toutefois la proposition *nec nummi eius fient*, le futur *fient* ne cadrant pas avec le présent *furtum facit*, et cette proposition paraissant avoir été ajoutée pour correspondre à ce que dit plus loin Neratius *(manent nummi debitoris...; ut nummi procuratoris fiant...)*. Voici donc ce qui appartient à Sabinus :

Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit. Falsus procurator furtum quidem facere videtur.

Le système de Sabinus comprend deux affirmations :

1° L'escroc qui se fait payer une dette en se donnant pour le créancier *(falsus creditor)* commet un vol. Sabinus se prononce catégoriquement sur ce point.

2° L'escroc qui se fait payer une dette en se donnant pour le fondé de pouvoirs du créancier commet aussi un vol. Nous traduisons l'expression *falsus procurator* par « pseudo-fondé de pouvoirs du créancier ». Ce qui nous autorise à croire qu'il ne s'agit pas, dans la pensée de Sabinus, d'un pseudo-fondé de pouvoirs du débiteur, c'est d'abord la symétrie des deux phrases *Falsus creditor...*; *Falsus procurator* (sc. *creditoris)*; c'est ensuite l'usage de la langue récente, qui applique plus souvent la désignation de *procurator* à celui qui intente une action qu'à celui qui y défend (ex. : *procurator in rem suam)*; c'est enfin et surtout l'usage de la langue ancienne, qui désigne proprement par *procurator* un mandataire général, un factotum, un intendant[1] : si l'on conçoit qu'un débiteur puisse mal connaître l'intendant de son créancier, on comprend difficilement qu'il puisse se tromper sur l'identité de son propre intendant !

Remarquons que Sabinus se prononce moins fermement sur l'attribution de l'action *furti* contre le *falsus procurator* que sur son attribution contre le *falsus creditor*. *Falsus procurator furtum facere videtur*, dit-il. D'où provient cette hésitation ?

Sans doute discerne-t-il plus ou moins nettement la difficulté que va souligner plus tard Neratius. En payant le pseudo-intendant de son créancier, le débiteur lui a volontairement fait tradition de

[1] Pernice, *Labeo*, I, pp. 490 et sqq. ; Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], v° *Procurator*, *a*, p. 463; Girard, *Manuel*[5], p. 272; Cuq, *Inst. juridiques*, I[1], p. 574.

la somme payée ; il a voulu « ut nummi procuratoris fiant[1] ». Or il n'y a de *furtum*, Neratius l'admet, qu'*invito domino*[2]. On aboutit donc à une contradiction[3]. Si l'on entend *procurator* dans le sens de *mandataire général*, on doit rejeter entièrement la formule *Falsus procurator furtum facere videtur*. Cependant Neratius arrive à la sauver partiellement. C'est que, de son temps, on commence à prendre le mot *procurator* dans le sens de *mandataire spécial*. Dès lors, on peut appliquer la formule de Sabinus au *procurator debitoris :* le débiteur peut s'abuser sur l'identité de son mandataire spécial. Mais le débiteur ne perd pas la propriété des deniers qu'il croit verser à son propre mandataire. L'escroquerie commise à ses dépens dans ce cas a lieu *invito domino*, et rentre dans le *furtum*[4].

Revenons au texte du *siliginarius*.

Le *siliginarius* avait pris l'escroc pour le mandataire de son client. Il lui avait livré volontairement du pain, avec l'intention de lui en transférer la propriété. Dans ces conditions, Neratius lui aurait refusé l'action *furti*. Sabinus au contraire la lui aurait concédée, non sans le doute marqué par le *videtur* du fr. 43, 1 (47, 2). Labéon la lui accorde sans hésiter aucunement[5]. Cela ne prouve pas, assurément, que Labéon ignorât que tout *furtum* suppose le mauvais gré du *dominus*, puisque Sabinus, qui le savait, admettait la même solution. Mais cela ne prouve pas, tant s'en faut, qu'il le sût.

[1] On pourrait supposer que le système de Neratius se rattache à la règle, par lui dégagée le premier, que l'on peut acquérir la possession *per procuratorem* (*Dig.* 41, 1, fr. 13). Mais précisément les mots *ut nummi procuratoris fiant* semblent indiquer que les effets de l'acquisition de la possession se produisent encore en la personne du *procurator*. Le fragment 13 (41, 1) serait-il interpolé plus profondément qu'on ne l'admet ordinairement ?

[2] ...et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit.

[3] Sabinus ne commettait pas, lui, la même contradiction. Car Sabinus ne disait pas : Le *furtum* existe si le *contrectans* a agi *invito domino*. Il disait : Le *furtum* existe si le *contrectans* a dû juger qu'il agissait *invito domino*. Tandis que les successeurs de Sabinus envisagent l'opposition du *dominus* objectivement, Sabinus l'envisage subjectivement. Le *falsus procurator* du créancier n'a pas touché l'argent *invito domino*, mais il a dû juger qu'il agissait en réalité contre son gré, et que son acquiescement ne provenait que d'une erreur.

[4] Cf. d'autres explications dans Desjardins, *Traité du vol*, p. 99, et Ferrini, *Diritto penale*, p. 185.

[5] Voy., dans le même sens, un autre témoignage de Labeo, *Dig.* 48, 13, fr. 11 (9). 3. *Infra*, § 11.

6

Nous possédons quelques textes de Labéon relatifs à l'application de la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi.* Les plus explicites se réfèrent au seul cas d'une *locatio conductio*, et il n'est pas sûr qu'on puisse en généraliser les conclusions. Ils prouvent que Labéon admet l'obligation à la *custodia* comme un intérêt suffisant pour la légitimation active de l'action *furti;* mais ils ne prouvent pas que Labéon l'admette comme un intérêt exclusif et nécessaire [1].

Examinons ces textes. Ils se réfèrent à un cas spécial de *locatio operis faciendi*, celui où des vêtements ont été remis à un *fullo* (= *foulon;* ou plutôt, comme il s'agit ici de vêtements confectionnés [2], *dégraisseur)*, pour qu'il leur fasse subir un traitement approprié. Si les vêtements sont dérobés dans le temps où le foulon en a la charge, comment régler l'attribution de l'action *furti?*

Un premier témoignage (Labeo, *l. V posteriorum a Iavoleno epitomatorum)* est visiblement remanié :

Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis. Agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus; sed si hoc impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet [3].

J'ai fait porter des vêtements chez un dégraisseur. Un voleur les y dérobe [4]. Je pourrais revendiquer ou intenter la *condictio.* Mais je

[1] Cf. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 153; Schulz, *Aktivlegitimation*, pp. 59-62.

[2] De même le *sarcinator (= stoppeur)* exerce son industrie sur des vêtements confectionnés.

[3] *Dig.*, 19, 2, fr. 60, 2. Lenel, *Paling.*, I, c. 311, n° 212; Bremer, II, 1, p. 216, n° 156. *Basil.*, 20, 1, 60, 2, et schol. 3.

[4] Mr Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 60, remarque que *rem perdere* est pris parfois dans le sens de *se laisser voler.* Paul., *Sent.*, II, 31, 4 : Furti actione is agere potest cuius interest rem non perdidisse. Ulpian., *l. XLII ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 48, pr. Mais ce sens n'est pas technique. Même dans les textes traitant de la légitimation active de l'action *furti*, le mot *perdere* a souvent une acception plus large (ex. : Ulpian., *Dig.*, 47, 2, fr. 12, pr. : *qui non habet quod perdat.* La perte dont il est question dans ce texte résulterait d'une condamnation sur une action de louage). Cf. aussi *supra*, p. 381, 4.

préfère m'adresser au dégraisseur, tenu de la *custodia*, et agir contre lui *ex locato*. On se demande s'il n'a pas une sorte de bénéfice de discussion l'autorisant à m'inviter à agir d'abord contre le voleur. Au dire de notre texte, Labéon laissait au magistrat[1] le soin d'en décider. Le préteur devait donc apprécier s'il y avait moyen ou non de me laisser poursuivre le voleur, aux frais du dégraisseur. S'il y avait moyen, il m'y obligeait. S'il n'y avait pas moyen, il me délivrait l'action *locati*, mais en me forçant à céder mes actions[2] (revendication, *condictio*[3]) à mon adversaire.

Il y a longtemps que MM. Gradenwitz et Eisele ont prouvé que ce texte est interpolé[4]. Leur démonstration a été reprise et complétée par M. Schulz[5]. La seule difficulté est de fixer l'étendue exacte de l'interpolation. Il est probable qu'elle intéresse presque tout le passage qui commence par *Sed iudicem aestimaturum* et finit par *te ei praestare compellet*[6].

Nous ne savons pas au juste, par suite, ce que décidait Labéon. Peut-être refusait-il absolument au *fullo* le droit de renvoyer le propriétaire des vêtements volés à agir contre le voleur[7]. En tout cas, le texte ne se réfère pas à l'exercice de l'action *furti*, qui est hors de cause. Rien ne nous autorise à dire que le propriétaire des vêtements ne pouvait agir qu'*ex locato* contre le foulon en lui cédant ses actions, et qu'il n'avait pas l'action *furti* contre le voleur.

Mais nous possédons un autre témoignage, qui touche plus directement à la légitimation active de l'action *furti*.

[1] Le mot *iudex* s'applique ici improprement au préteur. Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*. *Zeitschr. der Sav. Stif.*, XI (1890), R. A., p. 21.

[2] Cf. *Dig.*, 19, 2, fr. 25, 8 : Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et condictionem cedere.

[3] Mais non l'action *furti*, car les actions dont il s'agit sont sans doute les mêmes que les actions rei persécutoires dont il est question plus haut (= *habes unde petas, nec repetere vis...; tuas res consequi*). Le *fullo* qui a succombé *ex locato* a, croyons-nous, l'action *furti* de plein droit, et sans qu'on la lui cède. *Contra*, semble (cf. Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 62).

[4] Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, pp. 29-31 et p. 36; Eisele, *l. c.*, pp. 21-22. Mr Lenel, *Palingenesia*, I, c. 311, n. 1, remarque que le mot *impossibilis* n'appartient pas à Labéon, qui emploie en ce sens le grec ἀδύνατος (*Dig.*, 28, 7, fr. 20, pr.).

[5] Schulz, *Aktivlegitimation*, pp. 60-62. Adde Eisele, *Beiträge*, III, p. 186.

[6] Pour les mots *fullonis vadelicet sumptibus*, voy. Eisele, *Beiträge*, I, p. 32.

[7] En ce sens Gradenwitz, pp. 29-30.

Iavolenus *(l. IX ex posterioribus Labeonis)* :

Fullo actione locati de domino liberatus est. Negat eum furti recte acturum Labeo. Item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et, antequam de furto iudicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet. Quod si nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportere. Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest[1].

Comme on le voit, le *fullo* est qualifié pour agir *furti*, et il ne l'est qu'autant qu'il demeure tenu *ex locato* de la *custodia*. En est-il libéré, fût-ce après avoir intenté l'action *furti* et fait *litis contestatio* avec le *fur*, il ne peut plus agir *furti* utilement. On voit par là que la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi* n'est sanctionnée qu'*officio iudicis*. Le *iudex* peut absoudre le défendeur si le demandeur a cessé de devoir la *custodia*, même après la *litis contestatio*.

La principale difficulté du passage réside dans l'interprétation des mots *Fullo actione locati... liberatus est. Liberatus est* n'est pas synonyme d'*absolutus est*, et l'on aurait tort de penser, comme l'ont fait M. Lusignani et M. Schulz[2], que le dégraisseur ne soit jamais libéré de la responsabilité sanctionnée par l'action *locati* que par l'absolution. Il peut l'être autrement, par exemple par la péremption d'instance[3]. En outre, si le *fullo* est libéré par l'absolution, celle-ci peut se fonder aussi bien sur une exception (par exemple sur une exception de pacte, le *dominus* ayant remis au *fullo* sa dette)[4] que sur un moyen de défense tiré du fond. On ne saurait donc trouver dans notre fragment la preuve

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 91, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 315, n° 230; Bremer, II, 1, p. 216, n° 157. *Basil.*, 60, 12, 90, pr., et sch. 1 et 2 (Hagioth.).

[2] Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano. I. Il receptum nautarum... Gli altri casi di locatio conductio*, Modena, 1902, p. 43; Schulz, *Lusignanis Custodia-Forschungen* (extr. de la *Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XIV, 1912), pp. 34 et sqq. Voy. aussi Bruckner, *Die Custodia*, 1889, p. 195; Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 139.

[3] Peut-être aussi par le serment. Cf. (mais pour le cas de dépôt), Quintil., *Declam. min.*, 361 : Qui depositum perdiderit iuret et sibi habeat. Sprenger, *Quaestiones in rhetorum romanorum declamationes iuridicae* (*Diss. philol. Halenses*), 1911, p. 210.

[4] En ce sens Schulz, *l° c°*, p. 35.

que le *fullo* ne répond pas du vol dans tous les cas, et qu'il n'en répond que s'il a commis quelque faute[1].

Mais, remarquons-le aussi, on ne saurait pas davantage y trouver la preuve que le propriétaire des vêtements ne puisse agir *furti* tant que le *fullo* reste tenu de la *custodia*. C'est une doctrine postérieure, rapportée par Gaius[2], mais dont Labéon ne dit rien, qui a dénié dans ce cas au *dominus* la faculté d'agir *furti*.

7

Un autre témoignage de Labéon touche encore à l'application de la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi*. Mais nous ne pouvons l'invoquer ni pour ni contre le système qui lie la légitimation active de l'action *furti* à l'obligation de *custodia*. Car ce témoignage se rapporte à un cas où, par exception, le système ne s'applique pas[3] : celui où un *pignus* a été volé par un débiteur à son créancier.

Mais le texte en question nous offre une autre difficulté. Il semble appliquer la règle *Furti agere potest is...* à un vol sans *subreptio*. Or nous avons dit que cette règle ne s'appliquait, dans sa teneur primitive, qu'au vol avec *subreptio*. Comment expliquer cette anomalie? Nous allons voir que tout se passe, en réalité, comme si une *subreptio* avait eu lieu.

Pomponius *(l. XVIII ad Sabinum)* :

Si quasi recepturus a debitore tuo comminus[4] pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum : et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et

[1] C'est la thèse de Mr Lusignani, *l. c.*, pp. 41-50.

[2] Gaius, III, 205.

[3] Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 27, n° 3.

[4] *Comminus* est, selon Mr Kalb (*Roms Juristen*, p. 63, que semble suivre Mr Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 8) une expression provinciale usitée dans la Haute Italie. D'où l'hypothèse que Pomponius était originaire de la Haute Italie. Mais *comminus* vient-il de Pomponius, de Sabinus, ou de Labéon? S'il vient de Labéon, ne confirme-t-il pas l'hypothèse d'après laquelle ce jurisconsulte n'est pas citoyen d'origine? Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 8. S'il vient de Sabinus, ne s'explique-t-il pas mieux encore, puisque Sabinus a probablement pour patrie Vérone (Bremer, II, 1, p. 313)?

fraude per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur[1].

Pomponius cite sans doute ici Labéon de seconde main, par l'intermédiaire de Mas. Sabinus. L'espèce est la suivante :

Aulus Agerius a prêté mille francs à Numerius Negidius, qui lui a remis un bijou en gage. N^s N^s feint de vouloir rembourser le prêt, et, avant d'avoir rien versé, se fait restituer le bijou, puis le lance par la fenêtre à un compère aposté tout exprès, qui disparaît : après quoi il refuse tout remboursement[2]. A quelle action s'expose-t-il ? Labéon répond : à l'action *furti* et à l'action *ad exhibendum*. Et si, lorsque A^s A^s agit par l'action *pigneraticia contraria*, N^s N^s excipe de la restitution du gage, le demandeur répondra par une réplique basée sur le dol et la fraude du défendeur, — fraude par l'effet de laquelle le gage a été, non point restitué, mais escamoté.

1° Nous trouvons dans la première partie de ce texte un *responsum* intéressant dû à Labéon : le créancier qui s'est laissé dépouiller par surprise de la chose engagée peut agir *furti* et *ad exhibendum*. (Remarquons que Labéon ne dit rien de l'action quasi-servienne : d'où l'on a conclu qu'elle n'existait pas encore de son temps)[3].

Insistons sur l'action *furti*, qui nous intéresse spécialement. Quel est l'objet du *furtum ?*

On pourrait songer à dire : le contrat réel de gage est éteint par la restitution volontaire du *pignus;* le *furtum* ne peut donc porter sur le *pignus;* il ne peut porter que sur la *pecunia* que le débiteur s'est dispensé, par son tour de passe-passe, de restituer. L'action *furti* doit donc tendre à obtenir le double (ou le quadruple) de l'*id quod interest*. C'est une action *furti* secondaire, et non

[1] *Dig.*, 13, 7, fr. 3. Lenel, *Paling.*, II, c. 125, n° 652; Bremer, II, 1, pp. 257-258. *Basil.*, 25, 1, 3, et sch. 1 et 2.

[2] En droit classique, il reste évidemment au créancier son action personnelle, celle-ci l'exposant d'ailleurs aux risques d'insolvabilité du débiteur. Mais on peut se demander si Labéon envisageait la possibilité d'exercer cette action personnelle? Le texte donne l'impression contraire. Il semble que, une fois le *pignus* disparu, le créancier n'ait plus de moyen de se faire payer. Cela nous reporte peut-être à une conception archaïque, et encore mal connue, du gage. Cf. Champeaux, *le Principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage. Mélanges P. F. Girard*, I, pp. 155-183.

[3] Girard, *Manuel*[5], p. 771, 2; cf. Beseler, *Beiträge*, I, p. 9.

principale[1]. Mais cette interprétation cadre mal avec le texte, duquel il résulte que l'objet du *furtum* est le même que celui de l'exhibition, c'est-à-dire le *pignus*, et que c'est ce *pignus* qui est soustrait (= *nec redditum, sed per fallaciam ablatum*). L'action *furti* tend donc à obtenir le double (ou le quadruple) de la valeur du *pignus*[2].

Comment justifier l'attribution de cette action *furti* à l'ex-gagiste? Remarquons que celui-ci n'était, au moment où son débiteur a fait disparaître le *pignus*, ni propriétaire ni même possesseur de ce *pignus*.

a. Il n'était pas propriétaire du *pignus*, soit qu'il ne l'eût jamais été, soit qu'il se fut dépouillé de la propriété en le restituant (car *reddere*, dans l'expression *reddidisti ei pignus*, s'entend peut-être techniquement d'une *datio* effectuée pour réaliser une restitution). On ne peut pas, par conséquent, prétendre qu'on suit ici la règle *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur*, rapportée par Ulpien, sans doute d'après Sabinus[3], et qui, dans son acception primitive, devait s'appliquer au seul cas d'un gage avec transfert de propriété (le gagiste ayant l'action *furti* en tant que propriétaire).

b. Il n'était pas même possesseur du *pignus*, car, en restituant le gage, il s'était volontairement dépouillé de la possession. Ce n'est pas le geste de son débiteur qui l'avait dépossédé, et ce geste ne pouvait être qualifié de *subreptio*. A l'époque où la règle *Qui rem pignori dat eamque subripit furti actione tenetur*, détournée de son acception première, a été appliquée au gage de possession, on a pu encore donner l'action *furti* au gagiste en tant que possesseur, parce que *furtum possessionis fit*. Mais comment la donner à l'ex-

[1] Sur la distinction, voy. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, passim, et p. 156.

[2] Paul., *l. V ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 15, pr. : Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest ..

[3] Ulpian., *l. XL ad Sabinum. Dig.*, 47, 2, fr. 19, 5. Lenel, *Paling.*, II, c. 1161, n° 2857, 1er al. L'attribution à Sabinus se fonde sur ce qu'Ulpien, après avoir formulé en termes généraux et absolus la règle *Qui rem pignori ... tenetur*, la fait suivre d'un commentaire extensif qui dénature le sens technique d'un des termes qu'elle emploie (*subripit*). Le commentaire et la règle n'ont donc pas le même auteur. Les principes posés par Mr Schulz (*Sabinus*) *sententiae*, notamment pp. 79, amènent à conjecturer que l'auteur de la règle est Sabinus.

gagiste qui avait volontairement abdiqué la possession, contre un débiteur qui n'avait, par suite, rien soustrait ?

Cette difficulté n'a pas échappé à Ulpien, dans la suite du passage que nous venons de mentionner *(l. XL ad Sabinum)* :

Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit : nam et hic furtum eum facere constat. Et ita et Iulianus scripsit[1].

Ulpien ne se borne pas, on le voit, à rapporter un système propre à Julien. Comme le prouve le mot *et (Et ita et Iulianus...)*, il relate une doctrine antérieurement proposée, à laquelle Julien a donné son adhésion. Les mots *Et ita et Iulianus scripsit* ont tout l'air d'une note épinglée par Ulpien sur un texte plus ancien, qui ne peut guère être, puisqu'il s'agit de *Libri ad Sabinum*, qu'un *Sabinianum*. Sabinus connaissait (au fond, sinon en la forme[2]), la règle *Furtum possessionis fit*. De là son embarras en constatant que le créancier agissait *furti* même lorsqu'il n'avait ni la possession ni la détention du *pignus*[3]. En anomaliste qu'il était, il se bornait à enregistrer cette exception à la règle comme un fait constant : *nam et hic furtum eum facere constat*. Mais Labéon ne semble même pas avoir envisagé cette difficulté. Cela nous amène à supposer que Labéon ignorait encore la règle *Furtum possessionis fit*.

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 19, 6. Pour la suite du même passage *(Dig.*, 13, 7, fr. 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 1161, n° 2857, 2e al.), voy. *infra*, c. xvi, § 11. Cf. *Basil.*, 60, 12, 19, 6, et sch. 5, 6 et 7.

[2] La forme du précepte paraît due à Scaevola *(Dig.*, 47, 4, fr. 1, 15).

[3] Remarquons que le texte trahit encore quelque flottement sur la terminologie possessoire. *Eo tempore... quo non possidebat* doit signifier non seulement : *dans le temps où il ne possédait pas*, mais aussi : *dans le temps où il ne détenait pas*. Cela résulte à la fois du contraste des mots *possidenti sive tenenti* employés plus haut, et de l'exemple qui y est joint = *ut puta si rem pigneratam vendidit* Le créancier gagiste qui laisse à titre précaire la chose engagée aux mains du débiteur de telle sorte que celui-ci puisse la livrer en exécution d'une vente) reste néanmoins possesseur de cette chose. C'est du moins en ce sens que nous interprétons les mots : *ut puta si rem pigneratam vendidit*. A cette interprétation on n'opposera pas le témoignage de Paul, *l. VII ad Plautium. Dig.*, 47, 2, fr. 67 (66), pr. : Si is qui rem pignori dedit, vendiderit eam : quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat : idque et Iulianus putat. L'allusion à l'hypothèque appartient en effet à une partie du texte visiblement interpolée *(sive eam tradiderat... sive... obligaverat)*, comme le prouve l'emploi de l'indicatif après *sive*.

Mais comment Labéon fondait-il sa solution? Comment appliquait-il la règle *Furti agere potest is, cuius interest rem non subripi* à un vol sans *subreptio*, à un *furtum improprium*? Comment la faisait-il fonctionner au profit d'une personne qui n'était pas tenue de la *custodia* de la chose volée?

C'est ce que nous apprend sans doute la fin du texte. Mais celle-ci ne nous est accessible qu'après une critique minutieuse.

2° Notre fragment mentionne en effet, après les actions *furti* et *ad exhibendum*, une action *pigneraticia contraria* bien faite pour nous surprendre. Il n'en a été aucunement question jusque-là; Labéon envisageait même un ordre d'idées totalement différent. La désignation de l'action par une épithète non accompagnée de substantif trahit la main des compilateurs[1]. D'ailleurs l'action *pigneraticia contraria* semble encore inconnue de Sabinus, et, *a fortiori*, de Labéon[2]. Aussi Pernice, MM. Gradenwitz et Lenel[3] tiennent-ils, à bon droit, les mots *agente te contraria pigneraticia* pour un glossème incorporé après coup au texte.

Le passage porte d'ailleurs la trace d'autres remaniements. On trouve *replicabitur* là où l'on attendrait *replicabis*: *nec* est mis pour *non*[4]; enfin l'incidente *per quam .. intellegitur* devrait se rapporter à *dolus* aussi bien qu'à *fraus*, et plutôt à *dolus* qu'à *fraus*[5] (à moins que *per quam* n'ait pour antécédent un ablatif *exceptione* ou *replicatione*, qui serait sous-entendu?). Il est possible que l'incidente *per quam... intellegitur* n'appartienne pas à Pomponius. Nous pouvons en tirer parti de toute façon pour éclairer la pensée de Labéon: car elle paraît bien constituer une de ces interpolations explicatives si

[1] Collinet, *Contributions à l'histoire du droit romain. V. Un nouveau critère d'interpolation: la désignation des actions sans Actio ou Iudicium. N. Rev. Hist.*, XXXIV (1910), pp. 157-173.

[2] Ulpian., *l. XI ad Edictum, Dig.*, 13, 7, fr. 36, pr. Segni, p. 338, n. 3.

[3] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 242, 4. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, p. 115; Lenel, *Paling.*, II, c. 125, 5. Mais voy. Arangio Ruiz, *le Formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari, 1912, p. 18, 6 (l'action *pigneraticia contraria* pourrait avoir été rédigée *in factum*).

[4] On sait que *nec* s'emploie assez souvent pour *non* dans la langue juridique; mais c'est presque toujours devant des lettres déterminées (les consonnes *d, p, h*, et les voyelles). Kalb, *Das Juristenlatein*, 1888, pp. 22-23. Notre texte s'écarte de cette règle, et son caractère anormal est encore souligné par les *Basiliques*, qui traduisent exceptionnellement ici *nec* par οὔτε (*Basil.*, 26, 1, 3).

[5] Cf. Pernice, *l. c.*, p. 242, 4.

fréquentes dans le Digeste, que leur gaucherie sépare aisément du contexte[1].

Le résidu des amputations que nous avons dû pratiquer est le suivant :

Et si excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabis de dolo et fraude.

Il n'y a pas, semble-t-il, de critérium de forme permettant de soupçonner ce résidu d'autres interpolations[2]. Il importe surtout de considérer, au fond, s'il peut provenir des compilateurs, de Pomponius, de Sabinus ou de Labéon? La question ne saurait se trancher avec certitude.

Remarquons toutefois qu'on rencontre dans notre texte deux traits qui cadrent mal avec le droit du temps de Justinien, de Pomponius, et même de Sabinus, et qui semblent se rapporter à une époque plus ancienne. Ce sont :

1° La mention d'une réplique *de dolo et fraude*. L'exception *doli mali*, telle qu'elle figure dans l'Edit de Julien, ne se réfère dans sa teneur qu'au dol[3]. *Dolus* a d'ailleurs un sens large, qui comprend même la *fraus*. Mais il n'en a peut-être pas été toujours ainsi, et sans doute *fraus* et *dolus* correspondaient-ils anciennement à des notions différentes. Pernice croit pouvoir caractériser ces notions en admettant que *fraus* désignait le manquement à la parole donnée (à la *fides*), tandis que *dolus* désignait la tromperie proprement dite[4]. C'est Labéon qui a professé le premier que *inest dolo et fraus*[5]. D'où il suit que, jusqu'au moment où la théorie de Labéon a pénétré dans l'Edit, et jusqu'à ce moment seulement[6], l'exception *doli*

[1] Eiselé, *Zur Diagnostik der Interpolationen...* *Z. d. Sav. Stift.*, XI (1890), pp. 1-30; H. Appleton, *Interpolations*, pp. 247-253.

[2] Bremer, II, 1, p. 258, parait cependant tenir pour interpolée toute la phrase finale (à partir de *Et si agente te*).

[3] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 242.

[4] Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 214 et sqq.

[5] *Dig.*, 2, 14, fr. 7, 10. Pernice, *l° c°*, p. 215.

[6] Qu'il y ait eu de profondes transformations dans la rédaction de l'exception de dol, rien de plus vraisemblable. Cicéron (*Ep. ad Att.*, VI, 1, 15) cite une clause de l'Edit provincial de Q. Mucius Scaevola, rendu en 654 (= 100), dans laquelle on s'accorde à reconnaître une variété de l'exception de dol ; elle est ainsi conçue : *extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona*. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 480-482 ; Pernice, *l° c°*, pp. 198-199.

a pu se formuler : « si in ea re nihil dolo malo fraudisve causa[1]... factum sit...[2]. » La mention d'une réplique *de dolo et fraude* ne peut guère être sensiblement postérieure à Labéon. Elle est nécessairement antérieure à l'Edit de Julien, et, par conséquent, au temps où Pomponius écrivait ses *Libri ad Sabinum*.

2° La nécessité d'une exception pour repousser le créancier qui a volontairement restitué le gage, lorsqu'il agit *furti*[3] contre le gagiste (= *si excipiat debitor de pignore sibi reddito*). Il est certain qu'au temps de Pomponius l'*intentio* de l'action *furti nec manifesti*, en posant la question : *Si paret A° A° ope consiliove N° N° furtum factum esse rei (pigneratae)*, autorise le *iudex* à examiner de plein droit la question de savoir si oui ou non la *res* a été *dolo malo contrectata* par N° N°, et, par conséquent, si elle lui a été oui ou non restituée auparavant par A° A°[4]. Mais, au temps de Labéon ou de Sabinus, cela est beaucoup moins certain. Nous savons en effet que le mot *consilio* de la formule n'a pas toujours été pris dans le sens de *dolo malo*, et que cette dernière acception ne commençait à s'imposer que vers la fin de la République. Sans doute fallait-il encore, au temps de Labéon (et de Sabinus?), que N° N° eût soin de faire insérer expressément une exception de dol[5]

[1] Nous empruntons la tournure attestée, — à vrai dire sans doute pour une autre matière, — par les *Notae iuris* de Valerius Probus, V, 5. Cf. Girard, *Un document sur l'Edit antérieur à Julien. Aus römischem und burgerlichem Recht*, Weimar, 1907, pp. 35-36 ; *Mélanges*, pp. 190-191.

[2] Il n'est pas sûr que l'exception de dol ait été originairement *in personam scripta* : Ulpien nous apprend (*Dig.*, 44, 4, fr. 4, 33) que le préteur Cassius (Gaius Cassius Longinus ; Girard, *la Date de la loi Aebutia*, N° *Rev. Hist.*, XXI (1897), p. 266, 2 ; *Mélanges de droit romain*, I, p. 85, 1) « metus causa exceptionem non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. » Aurait-on regardé l'exception *doli* comme plus générale que l'exception *metus*, si elle avait été déjà *in personam scripta* ? Cf. Pernice, II, 1², pp. 199-200 et 232-233 ; Kuhr, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 140. Il n'est pas plus certain que l'exception de dol se soit étendue dès l'origine au dol présent (grâce à l'addition *neque fit*, car l'édit de Q. Mucius ne s'appliquait qu'au dol concomitant de l'acte juridique (= si ita negotium gestum est... Cf. Pernice, II, 1², pp. 233-234). Mais cette deuxième allégation ne vaut que pour une époque antérieure à Labéon : ce jurisconsulte applique l'exception *doli* aussi bien au dol présent qu'au dol passé. *Dig.*, 44, 4, fr. 4, 15 ; Pernice, *l. c.*, pp. 234-235.

[3] Ou *ad exhibendum*. Graden-Witz, *Interpolationen*, p. 115, 31.

[4] C'est sans doute pour cette raison que les interpolateurs, ne comprenant plus la nécessité d'une exception pour alléguer la restitution du *pignus*, ont ajouté les mots *agente te contraria pigneraticia*.

Cf. H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der Exceptio doli*, I (1892), pp. 144-145.

dans la formule pour pouvoir alléguer qu'A^r A^s agissait *furti* dolosivement, à propos d'un gage qu'il avait volontairement restitué. Inversement, il fallait aussi qu'A^sA^s eût soin de faire insérer dans la formule une réplique de dol pour pouvoir alléguer que le gage soi-disant restitué lui avait réellement été escamoté par N^s N^s.

C'est grâce à cette particularité procédurale que Labéon pouvait donner ici l'action *furti* malgré la restitution intervenue. La restitution n'éteignant l'action *furti* qu'*exceptionis ope*, le dol du débiteur peut à son tour paralyser ce moyen de défense. Tout se passe comme s'il n'y avait pas eu de restitution, et comme s'il y avait eu soustraction. Tel est, croyons-nous, le sens de l'explication plaquée ici par les compilateurs (= *per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur).*

8

Du texte que nous venons d'examiner, il résulte, selon toute apparence, que Labéon ignorait la règle *Furtum fit possessionis.* Il existe cependant un témoignage qui semble contredire cette conclusion, et qu'il convient d'examiner. C'est un fragment de Pomponius *(l. XVIII ad Sabinum) :*

Thensaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere : cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem. Quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest[1].

Ce texte se réfère à un *thensaurus* au sens ancien du mot, c'est-à-dire à une somme d'argent enfouie *cuius exstat memoria*[2]. Un *thensaurus* appartenant à Primus se trouve enfoui dans le fonds de

[1] *Dig.*, 10, 4, fr. 15. Lenel, *Paling.*, II, c. 126, n° 657; Bremer, II, 1, p. 257. Cf. *Basil.*, 15, 4, 15 (Zachariae, *Suppl.*, p. 60).

[2] *Supra*, p. 274. Bonfante, *La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro. Mélanges Girard*, I, p. 131. Cf. Czyhlarz, *Die Eigenthumserwerbsarten, l° c°*, I, p. 228, 92.

Secundus. Primus demande à faire des fouilles pour le retrouver. Secundus refuse. Existe-t-il une sanction juridique de cette opposition ?

Deux réponses sont attribuées à Labéon par Pomponius, qui les cite sans doute par l'intermédiaire de Sabinus. L'une exclut l'action *furti* et l'action *ad exhibendum*. L'autre[1] admet des moyens de droit spéciaux.

Tant que Secundus ne touche pas au *thensaurus*, dit d'abord Labéon, on ne peut donner contre lui ni l'action *furti* ni l'action *ad exhibendum* pour une chose qu'il ne possède pas. Cette décision s'oppose à celle que nous avons rencontrée chez J. Brutus et M' Manilius[2], pour qui le possesseur d'un fonds possède aussi le *thensaurus*, accessoire du fonds, sans qu'il y ait à distinguer selon qu'il en connaît ou qu'il en ignore l'existence. Pourquoi, dans le système du texte, Secundus ne possède-t-il pas le *thensaurus?* — Parce que, faute d'une *contrectatio*, il n'en a pas acquis le *corpus*. Le texte semble même ajouter que Secundus, pouvant ignorer l'existence du *thensaurus*, n'aurait pas non plus l'*animus*. Mais cette addition n'appartient pas à Labéon, car elle ne cadre pas avec les données du problème que résoud cet auteur : *nec eum me pateris effodere*. Si Primus a insisté pour faire des fouilles, comment Secundus ne soupçonne-t-il pas la présence du *thensaurus* dans son fonds ? En réalité, Labéon s'en tient ici à la condition du *corpus* entendue dans son acception ancienne. Secundus n'a pas le *corpus*, parce qu'il n'a pas matériellement appréhendé la chose[3]. Mais, au temps de Pomponius, on entend le *corpus* plus largement : c'est la possibilité d'agir sur la chose à son gré[4]. Avec cette conception du *corpus*, la solution de Labéon se justifie mal. Pomponius a donc dû supposer que Secundus manquait aussi de l'*animus*[5].

C'est en se fondant sur l'ancienne notion du *corpus* que Labéon exclut l'action *ad exhibendum :* celle-ci ne se donne que contre un possesseur[6], ou contre un défendeur qui a cessé de posséder par

[1] Cette seconde réponse appartient aussi à Labéon : la proposition *non esse autem iniquum* dépend en effet de *ait*.

[2] *Supra*, pp. 273 et sqq.

[3] Girard, *Manuel*[2], p. 271, 5.

[4] Girard, *Manuel*[2], p. 271, 6.

[5] Cf. Beseler, *Beiträge*, II, p. 153.

[6] Il en est sans doute autrement en droit classique. Beseler, *Beiträge*, I, p. 25.

dol[1]. L'action en revendication se trouve donc de ce chef impossible. On ne peut revendiquer une chose dont la situation, l'individualité, l'existence même sont indécises.

En partant de la même idée, Labéon semble exclure aussi l'action *furti*. Mais cette exclusion est surprenante, et ne se raccorde point au contexte. Dès le début, en effet, ce n'est pas la question d'une sanction répressive, c'est seulement celle d'une exhibition que pose Labéon (= *nec eum pateris me effodere)*. Plus loin, c'est à l'action *ad exhibendum* seule que se réfère l'argumentation (= *quia neque possideres eum, neque dolo feceris quo minus possideres)*. Enfin la seconde réponse, qui adoucit la rigueur de la première, n'a trait encore qu'aux moyens d'obliger le possesseur du fonds à l'exhibition. Labéon propose, non sans hésitation (= *non esse iniquum)*, de faire décerner contre lui par le préteur un interdit spécial (on s'accorde à tenir la mention du *iudicium* pour interpolée[2]), grâce auquel on vaincra la résistance qu'il oppose aux fouilles et à l'enlèvement du *thensaurus* (= *quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem)*. Labéon ne songeait donc qu'à l'exhibition. La mention de l'action *furti* provient des compilateurs de Justinien ; ils l'y ont insérée en même temps que celle du *iudicium*. On ne saurait arguer de notre fragment pour prétendre que Labéon admettait la règle *Furtum fit possessionis*.

Le texte pourrait avoir subi encore un autre remaniement. Il se termine par une phrase *(Quod si etiam... agi potest)* qu'on ne saurait attribuer avec quelque vraisemblance à Pomponius plutôt qu'à Labéon, ou à Labéon plutôt qu'à Pomponius. En tout cas cette phrase résout une hypothèse totalement distincte de celle que Labéon avait envisagée jusque-là. Elle suppose que le *thensaurus* a été volé à Primus. Dans ce cas, Primus peut agir *furti*. Contre qui? Apparemment contre Secundus, puisqu'il n'a été question jusque-là d'aucun autre défendeur. Le texte permet de l'actionner sans rechercher s'il a ou non participé au vol. Aussi M. Lenel a-t-il ingénieusement supposé[3] que l'action *furti* qu'il a en vue est l'action *furti prohibiti*, et que l'épithète *prohibiti* figurait originai-

[1] Sur ce point, voy. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, Leipzig 1907, p. 11.

[2] Pernice, *Labeo*, I, p. 434; Beseler, *Beiträge*, I, p. 26.

[3] Lenel, *Paling.*, II, c. 126, 1.

rement dans ce passage. Cela est possible. Mais on se demande alors pourquoi elle en a disparu.

9

Nous n'avons rencontré jusqu'à présent aucune trace certaine d'édits du préteur consacrés au *furtum :* peut-être le préteur n'a-t-il pas touché à cette matière avant la fin de la République ou le début de l'Empire. Quoi qu'il en soit, Labéon est le premier jurisconsulte qui commente des dispositions de l'Edit réprimant des délits de vol, et ces dispositions sont des dispositions spéciales, applicables à des hypothèses un peu exceptionnelles. L'une d'elles prévoit les vols commis par une *familia ;* l'autre, les soustractions et dommages commis aux dépens d'une succession par un esclave héréditaire affranchi *testamento.*

On connaît l'édit *Si familia furtum fecisse dicetur :* la partie principale en est rapportée à peu près intégralement[1] par Paul. Nous devons la reproduire ici, puisqu'elle remonte au temps de Labéon, et quoique la version de l'*Edictum perpetuum*, utilisée par Paul, puisse différer par certains côtés de celle que connaissait Labéon[2].

Paul *(l. VII ad Plautium) :*

Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur...[3]

Cet édit tend à remédier aux inconvénients résultant du cumul des actions *furti* qu'un volé pouvait intenter à raison d'un même vol contre tous les coauteurs de ce vol. Si ces coauteurs étaient des esclaves appartenant, comme il arrivait souvent, à une même *familia*, le maître de cette *familia* eût pu être ruiné par l'accumulation des actions *furti* noxales[4]. Le préteur l'autorise donc, s'il ne veut

[1] LENEL, *Edit*, II, p. 57; *Edictum*², p. 304.

[2] SABINUS et CASSIUS ont, au dire de PAUL, commenté les termes mêmes que ce dernier reproduit : il y a donc des chances pour que l'edit *Si familia furtum fecisse dicetur* n'ait pas subi de modifications importantes entre le temps de SABINUS et celui de JULIEN.

[3] *Dig.*, 9. 4. fr. 31 ; LENEL, *Paling.*, I, c. 1159, n° 1142.

[4] ULPIAN., *l. XXXVIII ad edict. Dig.* 47. 6. fr. 1.

pas faire abandon noxal de tous les coupables, à se libérer en offrant ce qui serait dû si le voleur était un homme libre unique[1].

Cependant le danger qu'avait voulu écarter l'édit pouvait reparaître lorsque le vol avait été commis aux dépens d'une personne qui était morte avant d'avoir agi *furti*, et qui laissait plusieurs héritiers. Chacun des cohéritiers pouvait, paraît-il, intenter l'action *furti* contre le maître de la *familia* délinquante, et chacun d'eux pouvait en obtenir la *poena dupli*. C'est ce qu'admettait Labéon, dont Scaevola rapporte, en la critiquant, l'opinion *(l. IV Quaestionum)* :

Labeo putat, si coheres meus, quod furtum familia cuius fecisset, duplum abstulisset, me non impediri, quo minus dupli agam, eoque modo fraudem edicto fieri esseque iniquum plus heredes nostros ferre, quam ferremus ipsi. 1. Idem, si defunctus minus duplo abstulit, adhuc singulos heredes recte experiri. Scaevola respondit: verius puto partes eius heredes persecuturos, sed ut cum eo, quod defunctus abstulit, uterque heres non plus duplo ferat[2].

Ce texte relate deux décisions de Labéon (1° *Si coheres meus... dupli agam ;* 2° *Si defunctus minus duplo... recte experiri)* suivies de deux commentaires critiques de Scaevola (1° : *Eo modo*[3] *fraudem... ferremus ipsi*[4] ; 2° *Verius puto... non plus duplo ferat).* La thèse que défend Labéon paraît assez énigmatique, et met en question toute la théorie de la transmissibilité active de l'action *furti*. Comme Scaevola, Labéon accorde l'action *furti* aux héritiers du volé ; mais, tandis que le volé lui-même n'eût pu obtenir qu'une seule *poena*, ses héritiers peuvent en obtenir plusieurs : chacun d'eux peut intenter l'action héréditaire pour le tout, de sorte que la responsa-

[1] Desjardins, *Traité du vol*, p. 196. Marton, p. 348 et sqq.

[2] *Dig.*, 47, 6, fr. 6, pr. et 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 515, n° 106; II, c. 275, n° 150; Bremer, II, 1, p. 114, n°s 108 et 109.

[3] Mommsen admet en effet que le texte a été altéré par le copiste : au lieu d'*eoque*, il portait : *Scaevola respondit eo...* En tout cas, cette altération serait ancienne : la scholie correspondante des *Basiliques* attribue aussi à Labéon la proposition *eo modo fraudem edicto fieri. Basil.*, 60, 16, 6, sch. 1 (Heimbach, V, p. 553) : Ἔλεγεν ὁ Λαβεών, ὅτι, ἐὰν ὁ συγκληρονόμος μου κλοπῆς ἁμαρτηθείσης παρ' ἡμῖν ὑπὸ φαμιλίας ἐνήγαγε, καὶ ἔλαβε τὸ διπλάσιον, οὐκ ἐμποδίζομαι ἐγὼ ἐναγαγεῖν περὶ τούτου τοῦ διπλασίονος, καὶ ἐν τούτῳ τῷ τρόπῳ περιγραφὴ γίνεται τῷ προκειμένῳ ἐδίκτῳ.

[4] Il est facile de voir que les mots *eo modo fraudem...* n'appartiennent pas à Labéon : car, dans cette partie du texte, le narrateur se met dans la peau du *de cuius* (=*heredes nostros...*), tandis qu'auparavant il se mettait dans la peau d'un héritier (=*si coheres meus...*).

bilité de leur adversaire est plus ou moins étendue selon qu'ils sont plus ou moins nombreux.

L'interprétation la plus plausible de ce système est, croyons-nous, celle que suggère Hagiotheodorita dans sa scholie sur le texte correspondant des Basiliques[1]. Si les héritiers du volé peuvent intenter plusieurs actions *furti*, tandis que leur auteur n'en peut intenter qu'une, c'est évidemment parce qu'ils agissent en leur nom propre, et non pas au nom du volé : *tanquam domini*, et non pas *tanquam heredes*. Il semble bien en effet que les ayants cause du volé ne puissent originairement agir *furti* qu'à raison d'un délit les atteignant personnellement, et qu'à condition de pouvoir se dire eux-mêmes volés, la *contrectatio* s'étant prolongée après le moment où ils ont acquis. Sinon l'action *furti* reste intransmissible à moins, bien entendu, que le volé n'ait fait *litis contestatio* avant de transmettre son droit[2]. De cette conception ancienne, il reste des traces notables dans les textes du Digeste[2].

L'une de ces traces se relève dans un témoignage de Paul, qui, étant tiré de ses *Libri ad Sabinum (l. IX)*, pourrait contenir un *Sabinianum :*

Si dominium rei subreptae quacumque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario[3].

L'héritier, l'adoptant, le légataire, etc., n'exercent donc pas l'action *furti* en tant que successeurs. Cela est exprimé plus nettement encore pour le légataire par un témoignage relativement ancien, puisqu'il est d'Octavenus[4]. Paul le cite dans son livre VII *ad Plautium :*

[1] *Basil.*, 60, 16, 6, sch. 1, 2e al. (Heimbach, V, p. 553).

[2] Sur les interprétations logiques jadis données de ces textes, voy. Desjardins, *Traité du vol*, p. 145, 3.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 47 (Lenel, *Paling.*, c. 1278, n° 1800). Cf. *Basil.*, 60, 12, 47. Le texte est peut être interpolé. Mr Biondo Biondi (*la Legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Perugia, 1913, p. 13, n. 1) en retranche toute la fin : *veluti heredi... et legatario*. Mais la raison qu'il donne (« un classique n'aurait pas désigné comme *dominium* l'*in bonis* du *bonorum possessor*) aboutit tout au plus à faire arguer d'interpolation les mots *et bonorum possessori*, et n'est pas décisive pour le reste du texte.

[4] Octavenus paraît avoir écrit avant le temps d'Aburnius Valens (né vers l'an 100 : Fitting, *Alter und Folge*², p. 33), et avant le Sén. Cons. Juventien (128) : Krueger, *Quellen*², p. 173.

Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi (*sc.* per vindicationem), an[1], si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat[2].

Tel est le point de départ de l'évolution qui a conduit à dégager la règle *Heredem furti agere posse constat*, formulée par Ulpien[3]. C'est des principes précédemment énoncés que s'inspirent les scholies des Basiliques sur cette règle[4] ou sur les textes correspondant aux fragments que nous venons de citer[5]. C'est aussi en partant de ces principes que nous expliquerons le témoignage de Labéon relatif à l'action de l'édit *Si familia furtum fecisse dicetur*. Le *de cuius*, s'il avait agi lui-même *furti*, n'aurait pu intenter qu'une seule action, et n'aurait obtenu que *tantum... quantum si liber fecisset*. Mais, s'il n'avait pas fait *litis contestatio* avant de mourir, chacun de ses héritiers pouvait agir *furti* en son nom propre; et ainsi l'édit se trouvait tourné.

Mais Julien s'élevait déjà contre cet abus. Il ne voulait pas donner aux héritiers d'autre action que celle du *de cuius (l. XXII Digestorum) :*

Etiam heredibus eius, cui plures eiusdem familiae furtum fecerint, eadem actio competere debet, quae testatori competebat[6], id est ut omnes non amplius consequantur, quam consequerentur, si id furtum liber fecisset[7].

[1] Notons ici l'emploi un peu anormal de *an* dans une interrogation simple (cf. Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], p. 540). Pour le justifier, il faut rétablir une idée intermédiaire qui n'est pas exprimée. On traduira : « Est-ce que l'héritier aura l'action *furti;* ou bien est-ce que je l'aurai, si le voleur continue de manier la chose? »

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 67 (66), 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 796, n° 23; c. 1159, n° 1141.

[3] Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 1, fr. 1, 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 1165, n° 2868. Voy. aussi *Basil.*, 60, 12, 66, 1, et la longue scholie 6 (Hagiotheod.) sur ce passage (Heimbach, V, pp. 517-518).

[4] Voy. notamment *Basil.*, 60, 11, 1, sch. 7 (Heimbach, V, p. 448).

[5] *Basil.*, 60, 12, 47, sch. 2 : Τῷ καινῷ δεσπότῃ ἁρμόξει ἡ περὶ κλοπῆς ἀγωγή] Ὅτε δηλαδὴ μετὰ τὴν τῆς δεσποτείας ὑπαλλαγὴν ἐπακολουθήσῃ ψηλάφησις. Εἰ γὰρ ἐπιλείπει αὐτῇ, σχολάζει καὶ ἡ φούρτι ἡ τῷ πρώην δεσποτῇ ἁρμόσασα... (Heimbach, V, p. 491); *Basil.*, 60, 15, 4, sch. 1 (Heimbach, V, p. 552).

[6] *Competere* paraît impropre pour l'action prétorienne de l'édit *Si familia furtum fecisse dicetur.*

[7] *Dig.*, 47, 6, fr. 4.

Et, en s'appuyant probablement sur l'opinion de Julien, Scaevola pouvait repousser expressément la solution de Labéon : pour lui les héritiers prenaient la place du *de cuius* (= *verius puto partes eius heredes persecuturos* ; il admettait donc une véritable succession à l'exercice de l'action *furti*[1]. Cette idée est-elle restée restreinte dans son application au cas de l'édit *Si familia furtum fecisse dicetur*, ou bien a-t-elle triomphé d'une façon générale? La règle *Heredem furti agere posse constat* s'entend-elle dans tous les cas d'une action exercée par l'héritier en tant que successeur, ou parfois encore d'une action exercée par l'héritier *proprio nomine?* Les textes ne sont pas clairs[2].

10

Deux témoignages de Labéon se réfèrent à l'édit *Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur*[3].

Le texte de l'édit était, au dire d'Ulpien (*l. XXXVIII ad edictum*), conçu dans les termes suivants :

Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret, in eum intra annum utilem dupli iudicium datur[4].

[1] Les textes des *Basiliques* correspondant à nos fragments 4 et 6 (*Dig.*, 47, 6) semblent se rapporter respectivement à deux cas différents : le cas où les héritiers agissaient *proprio nomine*, et le cas où ils agissaient *tanquam heredes*. Mais il n'en était pas de même dans le *Digeste* : les rédacteurs des *Basiliques* ont remanié nos fragments et ont, notamment, supprimé toute la fin du fragment 4 (*id est ut... liber fecisset*).

[2] Cf. la courte justification qu'ajoute Ulpien à l'énoncé de la règle : Executio enim quorundam debitorum heredibus data est. Les interprétations des scholiastes des *Basiliques* sont contradictoires. Tandis que Joannes Nomophylax admet l'action exercée par l'héritier *proprio nomine*, Constantinus Nicaeus au contraire admet une véritable succession à l'action. *Basil.*, 60, 11, 1, sch. 7 (Heimbach, V, p. 448). Les textes relatifs à d'autres successeurs que l'héritier (p. ex. à l'adrogeant : Ulpian., *Dig.*, 47, 2, fr. 41, 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 1165, n° 2868) ne sont pas plus explicites.

[3] Sur cet édit, voy. notamment Desjardins, *op. cit.*, pp. 289-295 ; Marton, pp. 362-366.

[4] *Dig.*, 47, 4, fr. 1, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 680, n° 1061 ; *Edit.* II, p. 55 ; *Edictum*², p. 322. *Basil.*, 60, 13, 1, et sch. 1 et 2.

On le voit, cet édit ne parle pas de *furtum*. Cependant, comme Ulpien, Paul et Gaius le commentent respectivement dans leurs livres 38, 39 et 13 *ad edictum*, nous devons penser que l'Edit perpétuel le rangeait dans la série des édits relatifs au *furtum*. Figurait-il originairement à cette place ? Nous l'ignorons ; nous ne sommes même pas sûrs que Labéon prononçât le mot *furtum* à ce propos.

Le principal témoignage de Labéon vise à expliquer l'utilité de l'édit. Il est cité par Ulpien *(l. XXXVIII ad edictum)* :

Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio : sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit[1], hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. E re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere[2].

Dans tout ce passage, on ne peut attribuer à première vue à Labéon[3] que les mots *Haec actio naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem*. A peine ose-t-on lui attribuer les mots *si quidem civilis deficit actio :* car *si quidem* est une expression chère à Ulpien[4], et même aux compilateurs de Justinien[5]. MM. Pampaloni

[1] Mr Pflueger, cité par Krueger, *Digesta*[12], p. 824, 20, lit : *quia hereditati furtum fit*, en s'appuyant sur les scholies des *Basiliques*.

[2] *Dig.*, 47, 4, fr. 1, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 514, n° 104 : II, c. 680, n° 1061 ; Bremer, II, 1, p. 114, n° 106. Cf. le passage correspondant d'une scholie des *Basiliques*, 60, 13, 1, sch. 2, dernier alinéa (Heimbach, *Basilica*, V, p. 539).

[3] En ce sens Kipp, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, XIV (1891), pp. 511 et sqq.

[4] Voy. p. ex. Ulpian., *l. LVI ad ed. Dig.*, 47, 9, fr. 1, 1 ; *l. IV ad ed. Dig.*, 2, 13, fr. 4, 3 ; *Reg.*, 24, 13, etc.

[5] *Si quidem* est fréquemment interpolé dans les phrases antithétiques où il s'oppose à *si(n) autem* ou à *si(n) vero*. Eisele, *Zur Diagnostik der Interpolationen. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, R. A., VII (1886), pp. 19-23. En outre, beaucoup de propositions restrictives commençant par *si quidem* sont suspectes. P. ex., pour le développement commençant par *si quidem pecuniae a debitore meo...* dans le célèbre fragment de Celse *(Dig.*, 39, 5, fr. 21, 1), voy. Duquesne, *Donatio, delegatio, condictio (Mélanges P. F. Girard*, 1912, I), pp. 392 et sqq. M. Beseler attribue même aux compilateurs l'un des passages d'Ulpien cités dans la note précédente *(Dig.*, 47, 9, fr. 1, 1). *Beiträge*, III, p. 39.

et Di Marzo ont conjecturé[1] que tout le développement *hoc est dominae... quoque contrectaverit* provient d'une interpolation, ce qui n'est pas sans jeter la suspicion sur ce qui précède immédiatement. Remarquons aussi la singulière construction de la phrase *qui hac spe audacior factus est quia...*, dans laquelle les mots *hac spe* restent en l'air, et notons que, dans la justification qui s'y rattache, amorcée par la conjonction *quia*, un seul terme de l'alternative (*neque ut servum se coerceri — neque ut liberum damnari*) fait allusion à la *spes imminentis libertatis*. Il semble que, dans cette justification verbeuse, le texte original de Labéon disparaisse sous des surcharges postérieures.

Néanmoins le second témoignage de Labéon relatif à l'édit *Si is qui testamento...* nous permet de réagir contre cette impression. Ce second témoignage touche à une question spéciale : l'esclave affranchi conditionnellement (*statuliber*) tombe-t-il sous le coup de l'édit ? Ulpien, dans son commentaire des mots *eius qui liber esse iussus erit*, se prononce négativement (*l. XXXVIII ad edictum*) :

Quid tamen, si sub condicione accepit libertatem ? ecce nondum liber est : sed ut servus potest coerceri : ideireo dicendum est cessare hanc actionem[2].

Ainsi, pour Ulpien, l'action de l'édit *Si is qui testamento...* n'a de raison d'être qu'autant que l'esclave affranchi ne reste pas punissable *ut servus* après l'adition d'hérédité ; elle est donc inapplicable si la condition mise à l'affranchissement ne se réalise qu'après l'adition. Les termes employés prouvent qu'Ulpien s'appuie sur l'explication *quia neque ut servum se coerceri posse intellegit*, dont les origines nous embarrassaient. Or Ulpien a sans doute suivi Labéon : que ce dernier ait en effet posé et résolu identiquement cette question, cela résulte de ce qu'il maintenait exceptionnellement

[1] Pampaloni, *Sopra alcuni azioni attinenti al delitto di furto* (*Studi Senesi*, XVII (1900), p. 171 ; S. di Marzo, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente* (*Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja*, Milano, 1905), II, pp. 62-64. MM. Pampaloni et Di Marzo tirent argument, après M. Kipp, de la contradiction entre la règle *Res hereditariae furtum non fieri*, enseignée par Ulpien comme incontestable (*Dig.*, 47, 19, fr. 1, 1), et le raisonnement attribué ici à ce même Ulpien (« *quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae : dominus autem dominare non possunt*, etc. ». La contradiction disparaît si l'on élimine le commentaire commençant par *hoc est dominae*.

[2] *Dig.*, 47, 4, fr. 1, 3. Lenel, *Paling.*, c. 680, n° 1663, 1er al.

l'action quand la condition s'était réalisée peu après l'adition ; il estimait que l'héritier n'avait pas eu alors le temps de châtier l'esclave coupable.

Ulpien *(l. XIII ad edictum)* :

Labeo putavit sub condicione manumissum rem amoventem, si cito condicio extitit, hac actione conveniendum[1].

Ce texte, malgré la référence que fournit à son sujet le Digeste, se relie directement au fragment 1, 3, du même titre : M. Lenel a conjecturé en effet, avec grande vraisemblance, que l'intitulé en est altéré, le scribe ayant répété par distraction l'*inscriptio* du fragment qui précède immédiatement (Gaius, *l. XIII ad edictum. Dig.*, 47, 4, fr. 2), et qu'il provient, en réalité, du livre XXXVIII *ad edictum*[2]. Dès lors, il y a bien des chances pour que Labéon ait admis au fond, sinon en la forme, la justification *neque ut servum se coerceri posse intellegit*. Et, s'il a admis cette justification, il a dû admettre aussi celle qui en forme la contre-partie : *neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit.*

En résumé, nous attribuerions à Labéon, — non sans hésitations, — un témoignage conçu à peu près dans les termes suivants :

Haec actio naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio (?) : natura < enim ? > aequum est non esse impunitum eum qui audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit.

Labéon admettait donc le *furtum hereditati factum*, sauf à professer peut-être que ce *furtum* ne faisait pas naître d'action *furti*. Malheureusement son témoignage ne nous permet pas de préciser l'idée qu'il en concevait.

On pouvait autrefois se demander si Labéon ne connaissait pas un troisième édit prétorien touchant au *furtum*, l'édit *Quod publicanus vi ademerit*, apparenté à l'édit *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur*, sinon se confondant pour partie avec lui[3].

[1] *Dig.*, 47, 4, fr. 3. Lenel, *Paling.*, I, c. 514, n° 105; II, c. 680, n° 1063, 2e al.; Bremer, II, 1, p. 114, n° 107. Voy. aussi *Basil.*, 60, 13, 3, sch. 1 (Heimbach, V, p. 546).

[2] Lenel, *Paling.*, II, c. 680, 4.

[3] Sur ces deux édits, voy. Desjardins, *Traité*, pp. 349-351; Pernice, *Labeo*, II, 2², pp. 55-56; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, pp. 34-38; Lenel, *Edit.*

L'édit *Quod publicanus vi ademerit*, tel que le rapportait Ulpien en l'expliquant *(l. LV ad edictum)*, était ainsi conçu :

Praetor ait : Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. Item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo. Si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo[1].

Or Labéon, à en croire Paul *(l. LII ad edictum)*, commentait les mots *vi adimere* employés par l'édit :

Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem[2].

Nous devrions donc comprendre l'édit *Quod publicanus vi ademerit* dans notre dépouillement, s'il n'était établi aujourd'hui, notamment par les travaux de Karlowa et de M. Lenel, que cet édit est interpolé, et que les compilateurs y ont ajouté les mots *furtumve* : ils l'ont fait parce qu'ils voulaient le rapprocher de l'édit *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur*, et ils ont aussi remanié ce dernier en conséquence. Puisque nous pouvons désormais reconstituer, au moins par conjecture, les contenus originairement différents des deux édits, nous constatons que le commentaire de Labéon sur les mots *vi adimere* ne touchait pas au *furtum*.

11

Labéon avait traité aussi, dans ses *Posteriorum libri (l. XXXVIII)*, du délit public de péculat, sur lequel nous avons déjà rencontré plusieurs témoignages de Varron et de Cicéron. La doctrine de Labéon est relatée par Paul *(l. singulari de iudiciis publicis)*. On a peu étudié ce texte, qui offre cependant un grand intérêt pour la détermination de la notion juridique du péculat.

2. Labeo libro trigensimo octavo posteriorum peculatum definit pecuniae publicae aut sacrae furtum non ab eo factum, cuius peri-

II, pp. 58-60; 119-120; *Edictum*², pp. 324-326; 374-375. Martin, *A furtum*, pp. 354-356; Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, pp. 178 et sqq.

[1] *Dig.*, 39, 4, fr. 1 pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 765, n° 1654 (voy. n. 2 à 4, les diverses corrections que cet auteur propose de faire au texte d'Ulpien).

[2] *Dig.*, 39, 4, fr. 4, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 517, n° 121; c. 1062, n° 651; Brewer, II, 1, p. 118, n° 130.

culo fuit, et ideo aedituum in his, quae ei tradita sunt, peculatum non admittere. 3. Eodem capite inferius scribit non solum pecuniam publicam, sed etiam privatam crimen peculatus facere, si quis quod fisco[1] debetur simulans se fisci[2] creditorem accepit, quamvis privatam pecuniam abstulerit. 4. Is autem, qui pecuniam traiciendam suscepit vel quilibet alius, ad cuius periculum pecunia pertinet, peculatum non committit[3].

Rien de plus confus et de plus flottant, on s'en souvient, que la terminologie employée par Cicéron ou même Varron en matière de péculat et de *sacrilegium;* rien de moins net que la ligne de démarcation entre ces délits et le *furtum*[4]. Nous saisissons ici sur le vif l'effort de Labéon pour mettre un peu de clarté dans ce chaos, et délimiter les deux notions. L'occasion lui était fournie par l'interprétation de la loi Julia *de peculatu*, à laquelle il fait allusion dans ce même livre XXXVIII des *Posteriores*[5], et qui venait d'être rendue, selon toute vraisemblance, au moment où il écrivait[6]. Or la loi Julia punissait essentiellement, comme péculat, le fait d'enlever *(auferre)*, d'intercepter (= *intercipere)*, ou d'employer pour un usage personnel (= *in rem suam vertere)* des valeurs appartenant au peuple ou aux dieux (= *pecunia publica*, *sacra*, *religiosa)*. Elle unissait donc dans une notion commune, conformément à des précédents que nous avons relevés[7], le *sacrilegium* et le péculat proprement dit.

[1] MM. Lenel et Bremer restituent ici : *populo* (au lieu de *fisco)*. Lenel, *Paling.*, I, col. 535, n° 4; col. 1181, n°s 3 et 4.

[2] MM. Lenel et Bremer : *aerarii* (au lieu de *fisci)*.

[3] *Dig.*, 48, 13, fr. 11 (9), 2-4 ; Lenel, *Paling.*, I, col. 535, n° 234; col. 1180, n° 1267; Bremer, II, 1, p. 219; Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, p. 559, n° 8. Cf. *Basil.*, 60, 45, 10, sch. 1 (Heimbach, V, p. 818).

[4] *Supra*, pp. 437-439 et 451-452.

[5] *Dig.*, 48, 13, fr. 11 (9), 6 : Eum, qui pecuniam publicam in usus aliquos retinuerit nec erogaverit, hac lege teneri Labeo libro trigensimo octavo posteriorum scripsit. Labéon cite sans doute les termes mêmes de la loi, comme il résulte du témoignage de Marcien *(l. XIV Instit. Dig.*, 48, 13, fr. 5 (4), 1 (4) : Sed et qui publicam pecuniam in usu aliquo acceptam retinuerit nec erogaverit, hac lege tenetur.

[6] Aussi croyons-nous que la loi Julia *de peculatu* remonte à Auguste plutôt qu'à César. Cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 762, 1 *(Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 68, 2); Girard, *les Leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXXIV (1913), R. A., p. 321, 1.

[7] *Supra*, pp. 453 et sqq.

Lege Iulia peculatus cavetur ne quis ex pecunia sacra religiosa publicave auferrat neve intercipiat neve in rem suam vertat neve faciat, quo quis auferat intercipiat vel in rem suam vertat, nisi cui utique lege licebit[1]...

Il y avait lieu de définir exactement les termes légaux *(auferre, intercipere, in rem suam vertere)*, d'autant plus que la loi, ayant évité d'employer le terme *avertere*, par lequel on caractérisait avant elle le fait constitutif du péculat, semblait vouloir modifier la définition ancienne de l'infraction. Fallait-il y comprendre les soustractions, malversations, détournements, commis par des fonctionnaires sur les valeurs dont ils étaient comptables? ou bien fallait-il les en exclure? Labéon prit le dernier parti : le péculat, c'est, pour lui, le *furtum rei publicae aut sacrae* accompli exclusivement par une personne qui n'en est pas comptable : ainsi, dit-il, le gardien d'un temple *(aedituus)* ne commet pas de péculat s'il dérobe quelqu'un des objets précieux confiés à sa garde[2]. Labéon innova-t-il en posant ce principe ? Ou bien se borna-t-il à préciser un système déjà reçu dans la pratique ? Nous avons vu que les textes du VIIe siècle ne sont pas clairs. Toutefois nous croirions volontiers que Labéon n'innova pas grandement. Paul présente sa formule comme une *definitio*, non comme une *opinio*, et il n'exprime pas le moindre doute ni la moindre restriction à ce sujet.

Il y avait lieu aussi de définir les mots *pecunia sacra religiosa publicave*. Ne devait-on comprendre dans la *pecunia publica* que les valeurs appartenant d'ores et déjà au *populus* au moment de l'infraction ? Ne devait-on pas y comprendre aussi les valeurs que le délinquant aurait escroquées entre les mains d'un débiteur du *populus* ?

La question est complexe. Labéon l'envisage un peu elliptiquement. Deux cas peuvent se présenter, et il n'en résoud expressément qu'un seul :

1° L'escroc s'est faussement donné comme délégataire[3] de l'*aera-*

[1] Ulpian, *l. XLIV ad Sabin. Dig.*, 48, 13, fr. 1.

[2] Inversement le *furtum rei publicae* ou *sacrae* commis par un fonctionnaire sur ce dont il est comptable, s'il n'est point un *peculatus*, reste bien un *furtum*.

[3] Le texte dit : comme créancier (*se simulans se fisci creditorem*). Mais le titre de créancier de l'*aerarium* ne permettrait pas de recouvrer les créances dudit *aerarium*. Il faut pouvoir alléguer une délégation, un mandat de l'*aerarium*. Les cas résiduels de *pignoris capio* qui existent à l'époque classique s'expliquent par l'idée d'une délégation. Girard, *Manuel*[5], p. 982.

rium. Il est donc un *falsus procurator* de l'*accipiens*. Labéon admet formellement qu'il commet un péculat. On peut penser assez naturellement qu'il l'admet comme un corollaire de sa théorie sur le *falsus procurator*. Pour lui, on le sait, — sinon pour les classiques[1], — l'escroquerie commise par le *falsus procurator* de l'*accipiens* rentre dans le *furtum :* donc, si pareille escroquerie porte sur des *res publicae*, elle devient *furtum publicum*, c'est-à-dire péculat. Rien de plus logique.

2° L'escroc a faussement passé pour le mandataire du *tradens*. Ici Labéon ne se prononce pas; mais son silence même semble impliquer qu'il ne voit pas dans cette escroquerie un péculat. Comment expliquer cette attitude, alors que Labéon, — d'accord cette fois avec les classiques, — admet aussi que le *falsus procurator* du *tradens* commet un *furtum?* L'explication nous est suggérée par un fragment de Marcellus *(l. XXV Digestorum) :*

Peculatus nequaquam committitur, si exigam ab eo pecuniam, qui et mihi et fisco[2] debet : non enim pecunia fisci[3] intercipitur, quae debitori eius aufertur, scilicet quia manet debitor fisci[3] nihilominus[4].

La solution donnée pour le créancier conjoint s'étend à plus forte raison à l'escroc. Malgré le versement fait à son pseudo-mandataire, le *solvens* reste débiteur du *populus*, et l'argent versé reste *pecunia privata*.

De là aussi, par argumentation *a contrario*, une conséquence nouvelle. Dans le premier cas envisagé (escroquerie commise par un *falsus procurator* de l'*aerarium)*, le *solvens* doit s'être libéré par le paiement effectué aux mains de l'escroc[5], et l'argent escroqué doit être devenu *pecunia publica*[6], pouvant donc faire l'objet d'un péculat.

[1] *Supra*, pp. 551 et sqq.

[2] Lenel : *populo*.

[3] Lenel : *populi*.

[4] *Dig.*, 48, 13, fr. 14 (12). Lenel, *Paling.*, I, c. 630, n° 251. *Basil.*, 60, 45, 13, et sch. 1 (Heimbach, V, p. 819). Cf. Beseler, *Beiträge*, III, p. 142.

[5] C'est ce que semble admettre Mommsen *(Röm. Strafrecht*, p. 766, 4; *Dr. pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 73, 3); mais il suppose inutilement qu'il s'est produit on ne sait quelles circonstances accessoires (*Nebenumstände)* pour empêcher l'*aerarium* d'agir contre celui qui a payé à tort.

[6] Tout au moins du fait de cette escroquerie, et à partir du moment où elle a été commise. Aussi Labéon pouvait-il dire à ce propos « non solum pecuniam

Quant à la dernière proposition de notre fragment *(Is autem..., non committit)*, rien ne la désigne formellement comme appartenant à Labéon. Elle vise l'hypothèse où une personne, sans remplir une fonction publique, aurait pris à sa charge les risques d'une valeur, par exemple en s'engageant à la transporter. Cette personne (ordinairement un *nauta*[1]) ne saurait commettre un péculat en détournant la valeur à elle confiée; elle ne commettrait qu'un *furtum*. Remarquons ici que le texte ne se prononce pas sur un point qui parait cependant capital : celui de savoir si la valeur dont il s'agit est bien une *pecunia publica*. Faut-il suppléer à son silence? ou faut-il admettre que le *peculatus privatus*[2], non touché par la loi Julia, existait encore, au moins en certaines matières, au temps de Paul? Nous n'avons pas les moyens de nous prononcer.

Il y avait lieu enfin de décider si la *pecunia publica* ne comprenait que la *pecunia* du peuple romain, ou si elle comprenait aussi celle des cités et des autres établissements publics. Labéon avait probablement examiné la question. C'est peut-être de son commentaire de la loi Julia, et du livre XXXVIII de ses *Posteriorum libri*, que provient un témoignage relaté dans le *l. XLI ad Sabinum* d'Ulpien :

Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subripuerit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri : idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus[3].

Dès avant le temps de Labéon, les divers droits municipaux, romains et non romains, réprimaient la soustraction et l'altération des registres de la cité[4] : mais nous ignorons si c'était par des

publicam, sed etiam privatam crimen peculatus facere ». Par contre la proposition « quamvis privatam pecuniam abstulerit », sans contredire directement notre interprétation, lui est moins favorable. Mais cette proposition pourrait être de Paul plutôt que de Labéon.

Mais le *nauta* qui aurait reçu des valeurs à titre de *nauticum fenus*, étant exonéré des risques, commettrait un péculat s'il les faisait disparaître frauduleusement.

[2] *Supra*, p. 559.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 31, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 555, n° 377; II, c. 1163, n° 863. Bremer, II, 1, p. 220, n° 172 (cet auteur ajoute le mot *vectigalium* au mot *societatibus*).

Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 767, 7 et 8 (*Dr. pen. rom.*, trad. Duquesne, p. 75, 1 et 2).

actions correspondant à l'action *furti*, à la *quaestio peculatus*, ou à toute autre sanction. Nous croyons certain, en tout cas, que la *quaestio peculatus* romaine était hors de cause : sinon Labéon eût au moins discuté son application avant de l'exclure. Labéon donne en effet la seule action *furti*. Cela cadre bien avec un témoignage de Marcien[1] (*l. XIV* < *Institutionum* >[2]), d'après lequel le péculat municipal n'a été assimilé au péculat commis vis-à-vis de l'Etat qu'en vertu de constitutions de Trajan et d'Hadrien :

Sed et si de re civitatis aliquid subripiat[3], constitutionibus principum divorum Traiani et Hadriani cavetur peculatus crimen committi : et hoc iure utimur[4].

Nous n'avons pas à rechercher[5] pourquoi, même après les constitutions dont parle Marcien, certains jurisconsultes reproduisent encore la règle générale qui correspond au précepte spécial posé par Labéon[6].

12

Plusieurs témoignages de Labéon, — témoignages en général difficiles à interpréter correctement, — touchent à la *condictio ex causa furtiva*. Ils paraissent la fonder sur des principes identiques à ceux qu'admettaient les *veteres* et les jurisconsultes de l'école servienne.

L'un de ces témoignages est rapporté par Pomponius (*l. XXII ad Sabinum*) :

Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi : is eum tradidit praefecto vigilum quasi in

[1] Mommsen attribue par erreur ce témoignagne à Marcellus (*Röm. Strafrecht*, p. 768, n. 2; *Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 75, 4).

[2] Le titre de l'ouvrage d'où le texte est tiré manque dans la *Florentine*.

[3] *Subripiatur?*

[4] *Dig.*, 48, 13, fr. 5, 4 (4, 7).

[5] Cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht.*, p. 768, 2 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, p. 75, 4); Desjardins, *Traité du vol*, p. 71.

[6] Papin., *l. I Responsorum. Dig.*, 47, 2, fr. 82 (81) : Ob pecuniam civitati subtractam actione furti, non crimine peculatus tenetur. Rien n'autorise à supposer que les soustractions et altérations visées par Labéon et Papinien soient commises par les gardiens des archives municipales, tandis que celles visées par Marcien seraient commises par des personnes *cuius periculo tabulae non sunt*. Cette explication, qui, en appliquant le principe posé par Labéon aux deux séries de témoignages, en ferait disparaître toute contradiction, n'aurait aucun appui dans les textes.

facinore deprehensum : praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. Ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse : sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse[1].

Attius soupçonne ton esclave de vol. Tu le lui livres pour qu'il instruise l'affaire (en soumettant, s'il y a lieu, l'esclave à la torture), et tu conviens avec lui (par un pacte sans formes) qu'il te le rendra si sa culpabilité n'est pas établie. Remarquons en passant que les mots *dedisti in... quaestionem* doivent s'entendre d'un transfert de propriété[2], et les mots *sub ea causa... ut redderetur*, d'une sorte de clause de fiducie jointe à ce transfert[3]. Cela résulte de l'acception technique des mots *dare* et *reddere*[4]; cela résulte aussi des quelques témoignages anciens que nous possédons sur la remise *in quaestionem* d'esclaves prévenus de crimes. Ainsi dans le *Pro Cluentio*, Cicéron raconte comment Cluentius, pour éclaircir une tentative d'empoisonnement dirigée contre lui, dut acquérir *(emere*[5]*)* l'esclave Diogène qui avait trempé dans l'affaire[6], et comment Sassia, pour éclaircir le meurtre de son mari Oppianicus, dut acquérir Straton, esclave du médecin A. Rupilius[7].

[1] *Dig.*, 12, 4, fr. 15. Lenel, *Paling.*, II, c. 130, n° 687 : Brewer, II, 1, p. 238 *Basil.*, 24, 1, 15. — Sur ce texte, voy. en dernier lieu Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, 1907, pp. 5 et sqq. ; Beseler, *Beitrage*, I, p. 25.

[2] En ce sens Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 90, n. 3, *in fine* : Von Mayr, *Condictio*, p. 172. Cf. aussi Papin., *l. XXVII quaest. Dig.*, 19, 5, fr. 8.

[3] Il s'agit sans doute d'un pacte de fiducie analogue à la *fiducia manumissionis* (sur laquelle voy. Pernice, *Labeo*, III, 1, pp. 128-135). Nous aurons à étudier ailleurs les rapports des sanctions de la fiducie avec les sanctions du vol (cf. *Dig.*, 12, 1, fr. 4, 1, où la *res pignori data* est une *res fiduciae data*). Il nous suffira de noter ici que, si le témoignage de Pomponius faisait quelque mention de l'action *fiduciae*, cette mention a été certainement effacée par les compilateurs de Justinien. Cf. Siber, *l. c.*, p. 7.

[4] Pour *dare*, cette acception technique est bien connue. Pour *reddere*, voy. Calogirou, *Die Arrha im Vermögensrecht*, Leipzig 1911, p. 49 *Infra*, p. 612, 4.

[5] *Emere* signifie proprement *acquérir par mancipation*. Voy. la formule que prononce l'acquéreur par mancipation : ... *isque mihi emptus esto* (Gaius, I, 119).

[6] Cic., *Pro Cluent. Habito*, 13, 47.

[7] Cic., *Pro Cluent.*, 63, 176.

Poursuivons l'analyse de notre texte. Attius a remis l'esclave aux mains du préfet des vigiles, en prétendant qu'il l'avait pris en flagrant délit de *facinus* (crime grave : meurtre, vol). Le préfet des vigiles, — fonctionnaire préposé à la police nocturne de la ville, et chargé, comme tel, de faire justice sommaire des malfaiteurs pris sur le fait[1], — a envoyé l'esclave au dernier supplice. On demande quelle action tu peux exercer contre Attius.

Pomponius rapporte deux solutions partiellement différentes.

1° La première comprend deux propositions : I. *Ages cum Attio... oportuerit.* II. *Labeo ait... exhiberet.* Pomponius les a empruntées toutes deux à Labéon. C'est certain pour la seconde, et très probable pour la première. Car on nous apprend que Labéon accorde aussi (= *etiam)* l'action *ad exhibendum.* Il est légitime de supposer que, dans ses *Libri ad Sabinum*, Pomponius cite Labéon d'après Sabinus.

Labéon accorde ainsi deux actions contre Attius. I. « Tu agiras, dit-il, par la formule *Si paret Attium tibi dare oportere* », c'est-à-dire par une formule de *condictio*[2]. Cette *condictio* doit être une *condictio ex causa furtiva*[3] : car la *condictio* en question se perpétue contre Attius alors qu'il ne possède plus, l'esclave étant mort (= *quia et ante mortem dare tibi oportuerit).* Cette *condictio* s'applique conformément aux règles que nous avons dégagées jusqu'à présent. En effet, puisque Attius possédait l'esclave avant de le remettre au préfet, il n'a commis qu'un *furtum improprium*[4]. II. « Tu pourras aussi, ajoute Labéon, agir *ad exhibendum* ». Ainsi il donne l'action *ad exhibendum*, comme la *condictio ex causa*

[1] Mommsen. *Röm. Strafrecht*, p. 274, 9 *(Dr. pén. romain*, tr. Duquesne, I, p. 321. 5).

[2] Baron. *Abhandlungen aus dem röm. Civilprozess*, I, pp. 42-45 ; Von Mayr, *Condictio*, p. 168 ; Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 151 et 332, 5. En ce sens Siber, p. 6.

[3] Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 273, fait bien ressortir le fondement délictuel de la *condictio* donnée par Labéon. Voy. de même Trampedach, *Die condictio incerti. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XVII (1896), R. A., p. 98, 8. *Contra* Koschembahr-Lyskowski, II, p. 182, 7 : voy. l'exposé de la doctrine propre à cet auteur, I, pp. 182, 184 et surtout 206. Voy. aussi Pfersche, *Die Bereicherungsklagen*, p. 160 : Siber, p. 6.

[4] On pourrait seulement s'étonner de ce que le texte ne suppose pas l'*animus lucri faciendi*. Mais nous savons que l'*animus lucri faciendi* n'a compté que tardivement parmi les conditions d'existence du *furtum*. Nous n'avons rencontré sur ce point qu'un témoignage de Trebatius, dont l'identification est d'ailleurs fort incertaine. *Supra*, p. 535. Cf. Siber, *l° c°*, p. 6.

furtiva, contre Attius qui ne possède plus. Nous constatons par là qu'au temps de Labéon l'action *ad exhibendum* atteint déjà le défendeur *qui dolo desiit possidere*[1].

2° La seconde solution, due à Proculus, tend à rectifier la solution de Labéon[2]. La *condictio* et l'action *ad exhibendum* ne sauraient, dit Proculus, se donner dans les mêmes conditions. La *condictio* se donne contre un propriétaire[3], tandis que l'action *ad exhibendum* ne se donne pas contre un propriétaire. Donc, lorsque, comme dans l'espèce proposée, le défendeur était propriétaire de l'objet qu'on répète, on peut intenter contre lui la *condictio*, mais non l'action *ad exhibendum*. Proculus présente les règles qu'il met en œuvre comme incontestables. Nous devons alors nous demander comment Labéon les a méconnues. Comme on ne peut imputer à Labéon une erreur grossière, il faut bien supposer que le droit a changé entre le temps de Labéon et celui de Proculus. Nous croyons, en effet, qu'il a changé en ce qui concerne l'action *ad exhibendum*, et surtout en ce qui concerne les conditions d'existence du *furtum*.

a. En ce qui concerne l'action *ad exhibendum*. Un précepte dont l'ancienneté est douteuse proclame que l'action *ad exhibendum* appartient à tout intéressé à l'exhibition[4]. La formule est trop compréhensive, et l'on sait que la doctrine classique s'efforce de n'accorder l'action *ad exhibendum* que quand le demandeur se propose d'intenter ultérieurement une action relative à la chose à exhiber, et spécialement, mais non exclusivement, une action en revendication[5]. Et c'est, en effet, au point de vue de la seule

[1] Le fait est attesté d'autre part, comme on sait, par un témoignage du même Pomponius citant le même Labéon, sans doute d'après le même Sabinus (Pomp. *l. XVIII ad Sabin.* *Dig.*, 10, 4, fr. 15). Lenel, *Edict.*, I, p. 252; *Edictum*², p. 254. M. Beseler, I, p. 25, restitue même notre texte : *quoniam dolo fecerit quo minus possideret* (au lieu de *quoniam fecerit quominus exhiberet*).

[2] Cf. Von Mayr, p. 169, qui croit l'opinion de Labéon conforme à celle de Proculus : il ne rend compte ni du mot *etiam* (*Labeo ait posse etiam*...) ni du mot *sed* (*sed Proculus ait*...).

[3] Cf. la série des témoignages concordants de Paul cités par Lenel, *l. c.*, pp. 98-99. Von Mayr, *Condictio incerti*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXV (1904), R. A. p. 189.

[4] Paul, *l. IV epitomarum Alfeni* (*Dig.*, 10, 4, fr. 19) : Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Cf. Beseler, *Beiträge*, I, p. 7.

[5] Lenel, *Edict.*, I, pp. 257-259; *Edictum*², pp. 218-220.

revendication que se place Proculus en refusant l'action *ad exhibendum* à quiconque n'est pas *dominus* de la chose à exhiber. Il apparaît ainsi comme un précurseur de la doctrine recueillie par Ulpien, d'après laquelle l'action *ad exhibendum* « maxime propter vindicationes inducta est [1] ». Mais peut-on affirmer que Labéon se plaçât déjà à ce point de vue ? L'action *ad exhibendum* n'était-elle pas indispensable au demandeur pour intenter contre Attius l'action *furti* ? Car il lui fallait prouver d'abord qu'Attius ne pouvait pas représenter l'esclave qu'il lui avait remis. Nous savons, par un témoignage de Julien, que l'action *ad exhibendum* servait parfois en effet de préliminaire à une action *furti* [2]. Mais alors pourquoi Proculus lui contestait-il ici cette fonction ? Pourquoi corrigeait-il la décision de Labéon ?

b. C'est que, de Labéon à Proculus, les conditions d'existence du *furtum* ont elles-mêmes changé. Entre Labéon et Proculus se place Sabinus, dont l'influence a transformé radicalement l'ancienne doctrine du *furtum*. Nous verrons, notamment, que Sabinus, en faisant prévaloir dans le *furtum* l'idée de *subreptio*, a singulièrement restreint le champ du *furtum suae rei* [3]. C'est Sabinus qui a posé le principe : Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur [4]. Or Proculus se réfère visiblement à cette définition pour exclure l'exercice de l'action *furti* dans le cas où Attius était devenu propriétaire de l'esclave supplicié, et pour l'admettre dans le cas contraire (= *Si tuus mansisset)*. Nous concluons donc : Labéon donnait l'action *ad exhibendum* contre Attius parce qu'il donnait aussi contre lui l'action *furti*, encore qu'Attius fût propriétaire de la *res furtiva*. Proculus au contraire n'accorde plus l'action *ad exhibendum* et

[1] Ulpian, *l. XXIV ad edict. Dig.*, 10, 4, fr. 1.

[2] Paul., *l. XXVI ad edictum. Dig.*, 10, 4, fr. 12, 2 : Saepius ad exhibendum agenti si ex eadem causa agat, obstaturam exceptionem Iulianus ait : novam autem causam intervenire... et ideo exceptionem non officere... si ei, qui furti acturus ad exhibendum egisset, iterum furtum factum sit. Cette décision paraît venir de Julien ; elle représente un état du droit plus ancien que celui qui est attesté par Ulpien. L'effort de Demelius (*Die Exhibitionspflicht*, 1872, pp. 147 et sqq., suivi par MM. Von Mayr, p. 171, et Beseler, I, p. 8), pour la faire cadrer avec le système d'Ulpien, et pour l'expliquer par l'idée d'une action noxale — dont le texte ne dit rien — reste vain. Cf. Siber, *Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, p. 21.

[3] *Infra*, c. XVI, § 19.

[4] Gell, *N. A.*, XI, 18, 20.

l'action *furti* que contre un défendeur qui n'est pas propriétaire de la *res furtiva*.

Peut-être même notre texte suppose-t-il implicitement, sinon explicitement, une transformation dans l'application de la *condictio ex causa furtiva*. La *condictio* admise par Labéon contre Attius était, selon nous, une *condictio ex causa furtiva*. Mais Proculus, qui ne croyait plus que cette *condictio* sanctionnât un cas de *furtum*, ne pouvait la désigner de ce nom. Notre texte a été placé par les compilateurs au titre *De condictione causa data causa non secuta*[1]. Assurément cette dénomination, et même les dénominations de *condictio ob rem dati* ou *ob causam datorum*, étaient encore étrangères à Proculus ; le système des contrats innommés commençait seulement à se constituer de son temps ; mais c'est du moins sur une idée contractuelle qu'il fondait désormais la *condictio* donnée contre Attius. Son témoignage est précieux, parce qu'il nous renseigne sur l'évolution qui a fait sortir la *condictio ob rem dati* de la *condictio ex causa furtiva*[2]. Il nous apprend pourquoi la *condictio ob rem dati* se donne anciennement contre un défendeur dépossédé[3] : c'est une survivance de la règle *Fur semper moram facere videtur*. On sait que ce trait de la *condictio ob rem dati* a disparu, plus tard peut-être que ne semblent l'indiquer les textes insérés au Digeste : alors seulement la *condictio ob rem dati* s'est séparée définitivement de la *condictio ex causa furtiva*[4].

13

L'attitude conservatrice de Labéon en matière de *condictio ex causa furtiva* se marque également dans d'autres textes. Nous relèverons d'abord un fragment célèbre relatif au *furtum fundi*.

Ulpien (*l. XLI ad Sabinum*) :

[1] Cf. Von Mayr, p. 173 ; Von Koschembahr-Lyskowski, II, p. 182.

[2] Évolution de laquelle il paraît avoir été l'un des premiers artisans. Cf. *Dig.* 12, 4, fr. 3, 3, *in fine*.

[3] Toute *datio ob rem* « habet moram cum sumptu », dit Scævola (*Dig.* 35, 1, fr. 86). Perozzi, *Labeo*, III, 1, p. 13.

[4] Nous n'avons pas à insister sur ces points dans une étude de sources. Voy. seulement Girard, *Manuel*, pp. 594-595 (notes 1-3). Nous devons examiner, dans la deuxième partie de notre travail, les questions d'interpolations que soulèvent les restrictions apportées tardivement au champ de la *condictio ex causa furtiva*.

Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. 1 Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat : sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta[1].

Ce fragment se décompose assez facilement en ses éléments constitutifs[2]. On y trouve :

1° Une proposition appartenant en propre à Ulpien : *Verum est... agi non posse.* Elle contredit directement la règle admise par les *veteres* et par Sabinus : *fundi... et aedium fieri furtum*[3].

2° Une phrase appartenant au moins en partie à Sabinus : *Unde quaeritur... qui deiecit.* Sabinus en effet, d'après un autre témoignage d'Ulpien *(l. XVIII ad Sabinum)*, examinait la même question et la résolvait affirmativement : ... ei qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit[4]. Remarquons que la forme *ei qui deiecit posse fundum condici* est de meilleure latinité que la forme *si quis... deiectus sit, an condici ei possit...* La proposition conditionnelle *si quis... deiectus sit* devrait amener une interrogation *an condicere possit.* On sent dans les mots *si quis... deiectus sit* la main d'Ulpien (ou des compilateurs ?)

3° L'indication d'une opinion de Labéon, prise sans doute par Ulpien chez Sabinus : *Labeo negat.*

4° Enfin une citation de Celse, incorporée ici par Ulpien : *Sed Celsus putat... subrepta.*

On a prétendu que ce texte, extérieurement irréprochable, était, au fond, très interpolé[5]. On l'a sacrifié, comme plusieurs autres, au désir d'établir que la *condictio incerti*, dans toutes ses applications, et notamment quand elle fonctionne comme *condictio possessionis*, est une création de Justinien. Mais rien ne vient confirmer ce

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 25, pr. et § 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 1163, n° 2862 ; Bremer, II, 1, p. 256. Cf. *Basil.*, 60, 12, 25, pr., 1, et sch. 1. L'auteur de cette scholie se méprend sur l'attitude de Labéon : Καὶ ὁ Λαβεὼν καὶ ὁ Κέλσος νομίζουσι, δύνασθαι κινεῖν αὐτὸν κονδικτίκιον, οὐκ ἐπὶ ἀπαιτήσει μέντοι τοῦ ἀγροῦ, ἀλλὰ τῆς νομῆς αὐτοῦ μόνον. ἧς ἐξέπεσεν ὁ ἐξελαθεὶς τοῦ ἀγροῦ, ὥσπερ εἰ κινητὰ πράγματα ὑφαιρεθῇ.

[2] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 78.

[3] *Supra*, p. 378.

[4] *Infra*, p. 587.

[5] Pflueger, *Ueber die condictio incerti. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XVIII (1897 R. A., pp. 111-112 : le mot *possessionem* est interpolé, et probablement aussi les mots *quemadmodum... subrepta.* Von Mayr, *Condictio*, pp. 158-159 ; p. 218 ; Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 78.

soupçon. L'interpolation générale de la *condictio possessionis* n'est pas démontrée[1].

Mais le témoignage parallèle au nôtre dont nous avons déjà cité un passage résiste moins à la critique. Il est ainsi conçu :

Ulpien *(l. XVIII ad Sabinum)* :

Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat : ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait[2].

On est immédiatement frappé par l'allure embarrassée de toute la partie finale[3], à partir de *sed ita* : c'est d'abord la fâcheuse répétition *et ita et Celsus, sed ita;* puis la répétition non moins inélégante de Celsus : *et ita et Celsus... : ceterum... Celsus ait* ; c'est enfin l'emploi du présent *condicere*, alors que le sens exige un futur, ou, tout au moins l'adjonction de *posse* (= *condicere posse*). Ajoutons à cela que la décision ainsi attribuée à Celse a le grave défaut de ne plus concorder avec celle qui lui est attribuée par le fragment 25 (47, 2). La première contient une restriction qui n'est pas dans la seconde, ce qui entraîne, quoi qu'on dise[4], une contradiction radicale entre les deux fragments[5].

Ulpien *(l. XVIII ad Sabinum)*.	Ulpien *(l. LXI ad Sabinum)*.
Ita et Celsus,	Sed Celsus putat posse
sed ita, si dominus sit	

[1] H. Krueger, *Zeitschr. d. Sav. Stiftung*, XXI (1900). R. A., p. 425 : Die *condictio possessionis* muss interpolirt sein, weil sie interpolirt sein muss. M. Von Mayr, depuis l'apparition de son livre sur la *Condictio*, a abandonné lui-même l'hypothèse d'une interpolation générale de la *condictio possessionis*. Von Mayr, *Condictio incerti*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXIV (1903). R. A., pp. 278-279; XXV (1904). R. A., pp. 188-232.

[2] *Dig.*, 13, 3, fr. 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 195, n° 70; c. 1075, n° 2591. *Basil.*, 24, 8, 8.

[3] M. Pelloger, *l. c.*, p. 111, estime ce texte « irréprochable », tandis que le précédent lui semble plus douteux. Mais c'est évidemment parce qu'il lui faut, pour justifier sa thèse, effacer le mot *possessionem* du témoignage de Celse. Si l'on s'en tient à la forme des deux fragments, nul doute que le fr. 2 (13, 3) soit beaucoup plus critiquable que le fr. 25 (47, 2).

[4] Baron, *Abhandlungen*, I, pp. 28-30, Von Koschembahr-Lyskowski, p. 185.

[5] Naber, *Observat. de iure romano*, *Mnemosyne*, XX (1892), p. 106, Pelloger, *Condictio incerti*, *l. c.*, p. 112.

qui deiectus condicat :
ceterum si non sit,
possessionem eum condicere
Celsus ait.

condici possessionem,

quemadmodum potest
re mobili subrepta.

L'attitude de Celse à l'égard de Sabinus n'est pas du tout la même dans les deux cas[1]. Dans le premier, il commence par approuver Sabinus *(Ita et Celsus)*, pour faire ensuite une restriction *(sed ita...)*. Dans le second, il n'approuve Sabinus sur aucun point, et il propose immédiatement une solution opposée à la sienne *(Sed Celsus putat...)*. Et peut-être bien n'entend-il pas les mots *condictio possessionis* de la même façon dans les deux cas : dans le premier cas, il entend par *condictio possessionis* la *condictio* exercée par un non propriétaire dépossédé (par exemple par un gagiste) contre un *deiciens*, propriétaire ou non de la chose ; dans le second cas, il entend par *condictio possessionis* la *condictio* exercée par le *dominus* de la chose contre un *deiciens* simple détenteur (à qui évidemment il ne peut pas demander la propriété de la chose, mais seulement sa possession). Cela apparaîtra mieux par la suite. Nous n'hésitons donc pas à rejeter la partie du fr. 2 (13, 3) que sa forme désigne comme suspecte[2].

Ce travail préliminaire de critique nous a permis d'isoler trois témoignages purs, et dont nous connaissons les auteurs :

a) Ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit.

b) Labeo negat.

c) Sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta.

Il importe de préciser la question que posent ces textes.

L'occupant (propriétaire, possesseur, détenteur) d'un fonds a été expulsé par violence. Le *deiciens* ne commet pas un *furtum*, mais une *rapina*[3], sanctionnée par l'action pénale qu'a créée en

[1] Cf. en sens contraire, Baron, *Abhandlungen*, I, pp. 28-30.

[2] Ici encore nous nous séparons de M. Naber (1° c°, p. 106), pour qui les mots *si non sit* seuls sont interpolés, et de M. Pflueger, pour qui le fragment 2 (13, 3) n'est interpolé qu'à partir des mots *ceterum si non sit*. Cf. Koschembahr-Lyskowski, p. 184.

[3] Ce point de notre interprétation soulève une difficulté : la théorie de la *rapina* est-elle applicable à des immeubles ? — Sans doute, à l'époque classique, la *rapina*,

678 U. C. (= 76) le préteur M. Terentius Lucullus [1]. Depuis les lois Julia et Plautia, les *res vi possessae* sont soustraites à l'usucapion (comme depuis la loi Atinia les *res subreptae*). Le *deiciens*, ne devenant pas propriétaire des *res vi possessae* [2], est exposé à la revendication (à la différence de celui qui acquiert un fonds par un *furtum improprium*). Est-il exposé en même temps à la *condictio?*

Trois réponses sont faites à cette question.

1° La première dans l'ordre chronologique est celle de Labéon [3]. Elle est négative. Le texte ne dit pas, d'ailleurs, si Labéon admet ou rejette la théorie du *furtum fundi* [4] : la question n'a rien à voir avec

étant principalement conçue comme une soustraction violente de la chose d'autrui, ne se conçoit que sur des meubles (Keller, *Semestria ad Ciceronem*, 1842, p. 550, 23). Mais on sait que la *rapina* ancienne n'est pas une soustraction, c'est un *damnum (infra*, c. XVII, § 26), et un *damnum* peut atteindre un immeuble aussi bien qu'un meuble. Cicéron, plaidant sur une action *bonorum vi raptorum*, disait (*Pro Tullio*, 42) : « In hoc iudicio videtis agi de vi, videtis agi de hominibus armatis, videtis aedificiorum expugnationes, agri vastationes, hominum trucidationes, incendia, rapinas, sanguinem in iudicium venire. » (Cf. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1339.) Il faut descendre jusqu'au IIIe siècle de notre ère pour trouver une décision expresse excluant l'action *bonorum vi raptorum* pour les immeubles. C'est un rescrit de Gordien (a. 260), dont les termes trahissent d'ailleurs une hésitation (*Cod. Just.*, 9, 33, const. 1 : Vi bonorum raptorum actionem, quae cum poena sua retrahit ablata, potius ad mobilia moventiaque quam ad fundos per iniuriam occupatos spectare explorati iuris est).

[1] Gaius, *Inst.*, IV, 209 ; Just., *Inst.*, IV, 2.

[2] Nous laissons de côté le cas où le *deiciens* serait le propriétaire lui-même : Labéon, Sabinus, Celse lui-même (dans celui des deux textes qui, selon nous, n'est pas interpolé) n'ont point envisagé la question.

[3] La question semble se poser pour la première fois — en tout cas être encore entière — au temps de Labéon. Ce serait peu compréhensible si les lois Plautia et Iulia étaient déjà anciennes. Il faut donc supposer qu'elles sont récentes. La loi Iulia *de vi*, si elle est due à Auguste plutôt qu'à César, ne fait pas difficulté (Girard, *les Leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXXIV (1913), R. A., p. 322). Il en est autrement pour la loi Plautia, qu'on identifie avec la loi Plotia *de vi*, rendue avant 691 U. C. (= 63), et peut être dès 677 (= 77) (Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 654, 2 ; *Dr. pén. rom.*, tr. Duquesne, II, p. 373, 4). Mais nous ignorons les rapports exacts de ces deux lois en ce qui concerne la règle qui rend imprescriptible les *res vi possessae*. On les désigne habituellement par une formule collective (Girard, *Manuel*, p. 308, 5), dans laquelle, contrairement à l'ordre chronologique, le nom de la loi Plautia occupe même ordinairement la seconde place (*supra*, pp. 256 et sqq.). Peut-être la loi Plautia n'a-t-elle admis l'imprescriptibilité que pour des cas particuliers de violence ? La loi Iulia aurait alors généralisé ces dispositions spéciales.

[4] Nous croyons qu'il l'admettait. *Infra*, p. 595,5.

celle que le jurisconsulte tranche. Il écarte probablement la *condictio* parce que la *condictio* ne se donne que contre un *dominus*. Rien ne prouve qu'il admette la *condictio ex iniusta causa* contre le détenteur.

2° Mais on sait que Sabinus reprend et consacre la *condictio ex iniusta causa* déjà proposée par un parti des *veteres*[1]. Et c'est pourquoi[2] il répond affirmativement à notre question, et donne au *deiectus* une *condictio*, encore que le *deiciens* ne soit pas propriétaire du fonds.

Mais Sabinus ne désigne pas autrement cette *condictio*. Peut-être bien que sa doctrine, comme il arrive chez les novateurs, est encore hésitante; peut-être aussi que sa terminologie est mal fixée. Néanmoins il y a lieu de se demander si sa *condictio* est une *condictio ipsius rei*, et si c'est une *condictio ex causa furtiva*.

a) Est-ce une *condictio ipsius rei* ou une *condictio possessionis*? Il n'y a rigoureusement *condictio ipsius rei* que lorsqu'on demande à un propriétaire de *dare* une chose qui lui appartient, de même qu'il n'y a rigoureusement *furtum ipsius rei* que lorsque le *furtum* transfère la propriété de la chose volée *(furtum improprium)*. La distinction de la *condictio ipsius rei* et de la *condictio possessionis*, du *furtum ipsius rei* et du *furtum possessionis*, fort claire en partant de ce principe[3], s'est obscurcie précisément à partir du moment où le vol a cessé d'être une cause d'acquisition. Ici nous devrions nous attendre à ne rencontrer qu'une *condictio possessionis*[4]. Cependant Sabinus, sans employer d'expression absolument décisive, paraît songer plutôt à une *condictio ipsius rei*[5]. Il dit *posse fundum condici :* et le fait qu'Ulpien, en modernisant la phrase de Sabinus, a cru devoir supprimer le régime *fundum*, souligne cette constatation.

[1] *Supra*, p. 342.

[2] Le fr. 6, *Dig.* (12, 5), analysé plus haut (p. 342), figurait en effet au livre XVIII des *Libri ad Sabinum* d'Ulpien; il appartient sans doute au même développement que le fr. 2 (13,3). Voy. l'ingénieuse et pénétrante restitution de Mr Lenel, *Paling.*, II, c. 1075, n° 2591.

[3] C'est à la lumière de ce principe seulement qu'on peut souscrire à la théorie admise dans un sens différent par Brinz, *Pandekten*, II, p. 525, pour qui il n'y a de *condictio possessionis* que pour sanctionner le *furtum possessionis*.

[4] Cf. Von Mayr, *Condictio*, p. 158, au bas.

[5] Trampedach, *Condictio incerti*, p. 103; Koschembahr-Lyskowski, II, p. 185.

b) La *condictio ex causa furtiva* ancienne est toujours, nous le savons, une *condictio ipsius rei*. Cela nous incline déjà à penser que Sabinus a en vue une *condictio ex causa furtiva*. L'hypothèse se confirme si l'on se demande pourquoi Ulpien établit une relation entre la théorie sabinienne du *furtum fundi* et la *condictio* donnée au *deiectus ;* cette relation ne se justifierait aucunement si Sabinus n'avait pas élargi la notion du *furtum* jusqu'à y comprendre la *rapina*. Et telle est, en effet, notre interprétation de la décision de Sabinus : Sabinus a appliqué la *condictio ex causa furtiva* à des cas de *rapina* comme à des cas de *subreptio*, c'est-à-dire à des cas où il n'y avait pas *causa furtiva* au sens ancien du mot. Il a fondu ensemble la *condictio ex causa furtiva* et la *condictio ex iniusta causa*. D'où cette conséquence : bien que Sabinus ait invoqué ici l'opinion de certains *veteres* favorable à la *condictio ex iniusta causa*, c'est à la *condictio ex furtiva causa* qu'il a emprunté les principes de la *condictio* nouvelle. Nous croyons qu'il a introduit dans celle-ci la règle : *Fur semper moram*. Cette règle s'applique ici à la *condictio* d'un *fundus*, c'est-à-dire d'un fonds non bâti[1], et elle a moins d'intérêt dans ce cas que lorsqu'il s'agit d'une *condictio* portant sur une chose mobilière ou même sur un fonds bâti *(aedes);* elle a néanmoins un certain intérêt, car la *condictio fundi* comprend aussi la *condictio* des accessoires du fonds (immeubles par nature, mais mobilisables : arbres, récoltes, pierres, etc.), et ceux-ci sont susceptibles de périr. On peut supposer que Sabinus avait expressément résolu cette question, car le fragment 25 (47, 2), dans sa partie finale, y fait une allusion qui s'explique mal autrement :

Eorum, quae de fundo tolluntur, ut puta arborum vel lapidum vel harenae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi posse nulla dubitatio est.

Ulpien admet seulement le *furtum eorum quae de fundo tolluntur*, tandis que Sabinus admettait le *furtum* du *fundus* tout entier. Ce système d'Ulpien ne brille pas par la logique. Mais ne s'explique-t-il pas du moins par le désir de sauver de la *condictio ex causa furtiva* portant sur un *fundus* la seule application qu'il fut utile d'en sauver ?

[1] Baron, *Abhandlungen*, I, p. 29, 9.

3° La solution esquissée par Sabinus manquait encore de cette cohésion et de cette tenue logique qu'une décision d'espèce requiert pour donner naissance à un système. Aussi les jurisconsultes postérieurs ont-ils dû la corriger et la perfectionner. De là la réponse de Celse. La *condictio* du *deiectus* n'est pas, dit Celse, une *condictio ipsius rei*, c'est une *condictio possessionis*, analogue à celle par laquelle on réclame une chose mobilière soustraite [1]. Cette *condictio possessionis*, Celse la donne d'une façon générale, sans distinguer, comme le fait le fragment interpolé correspondant, si elle est exercée par un *deiectus* propriétaire ou non-propriétaire. Et sans doute Celse n'admet-il pas qu'une *condictio ex re furtiva*, même portant sur la seule *possessio*, puisse être exercée par un autre qu'un *dominus*. Cette même *condictio possessionis* fonctionne, d'une façon tout aussi générale, pour répéter les choses mobilières soustraites : *quemadmodum potest* (i. e. *condici possessio) re mobili subrepta* [2]. La pensée de Celse n'est point équivoque : toute soustraction d'une chose mobilière ou toute dépossession violente d'un immeuble donne naissance désormais à une *condictio ex causa furtiva*, mais ce n'est qu'une *condictio incerti* portant sur la possession de la chose soustraite ou enlevée par violence.

Un témoignage d'Ariston — contemporain et ami de Celse [3] — appuie notre interprétation.

Ulpien *(l. XXXVIII ad edictum)* :

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est [4].

Comme il s'agit probablement ici d'un gage constitué par transfert de propriété *(res data)* accompagné d'une clause de fiducie [5], la

[1] Cf. Von Koschembahr-Lyskowski, II, p. 184.

[2] Trampedach, *Condictio incerti*, p. 101.

[3] Bremer, II, 2, pp. 359 et 495.

[4] *Dig.*, 13, 1, fr. 12, 2. Lenel, *Paling.*, I, c. 63, n° 17 ; c. 773, n° 59 ; II, c. 680, n° 1058.

[5] En ce sens, Oertmann, *Die fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, pp. 167 et sqq. Cf. Jacquelin, *De la fiducie*, Paris, 1891, p. 464. La question soulève des difficultés qu'il serait trop long d'examiner ici. Voigt soutient que *rem pignori dare* s'entend du gage de possession (*Faustpfand* (*Das Pignus der Römer. Verhandl. der k. sächsischen Gesellschaft der Wissench. zu Leipzig*, XL, (1888), p. 241) ; de même M. Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1910, pp. 112-119. M. Manigk soutient que cette expression s'entend

condictio incerti est bien exercée par le *dominus* de la *res subrepta;* et cette *condictio incerti* est une *condictio ex causa furtiva*[1].

14

Nous venons de voir que Labéon, fidèle à la doctrine des *veteres*, écarte encore l'exercice de la *condictio* contre les détenteurs auxquels les lois Atinia, Julia ou Plautia enlèvent la faculté d'usucaper. Son attitude en ce sens se confirme par un autre témoignage, qui nous permet en même temps d'entrevoir comment la *condictio ex causa furtiva* a pu exceptionnellement s'étendre à des cas de soustraction.

Labéon *(l. V Posteriorum a Iavoleno epitomatorum)* :

Messem inspiciente colono, cum alienam esse non ignorares, sustulisti. Condicere tibi frumentum dominum posse Labeo ait, et ut id faciat, colonum ex conducto cum domino acturum[2].

Le début du texte est corrompu, comme l'a bien vu Mommsen[3]. Il est même inextricable dans la version de la Florentine (= *inspicientem*). Fût-ce avec la leçon *inspiciente*, l'interprétation en reste difficile. Fait-on de *messem* le complément de *sustulisti*, et traduit-on : *Tu as soustrait la récolte au vu du fermier*, on aboutit à une absurdité (= *sustulisti* ne peut s'entendre que d'un enlèvement clandestin, furtif), doublée d'une incohérence juridique (= pour Labéon, il n'y a pas de *furtum* si l'intéressé a connu sans s'y opposer la sous-

même de l'hypothèque (*Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, pp. 13-14). Mais aucun d'eux ne se demande si elle ne s'entendrait pas du gage de propriété (*fiducia cum creditore*). L'emploi de *dare* nous paraît, pour le temps d'Ariston, absolument décisif (et autre chose est l'expression *pignus dare*, où *pignus* peut à la rigueur avoir un sens abstrait, et *rem pignori dare*, où *rem* a nécessairement un sens concret : MM. Maniok et Fehr ont sans doute eu tort de réunir les deux expressions). Ajoutons à cela l'analogie de notre texte avec le fr. 22 *Dig.*, 13, 7½, que tout le monde s'accorde à regarder comme interpolé (Lenel, *Paling.*, II, c. 618, n° 3 ; Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, I 1913, p. 64, 6), le mot *fiducia* y ayant été remplacé par le mot *pignus*. Nous croyons que, dans le fr. 12, 2 (13, 1), le texte primitif portait *cui fiduciae res data sit*. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 411, 3. M. Pelletier, *Condictio incerti*, p. 112, tient l'interpolation pour plausible.

[1] Trampedach, *Condictio incerti*, pp. 100-101. Von Koschembahr Lyskowsky, II, p. 182, 4.

[2] *Dig.*, 19, 2, fr. 60, 5. Lenel, *Paling.*, I, c. 311, n° 212 ; Bremer, II, 1, p. 213, 145.

[3] Mommsen, dans sa grande édition des *Digesta Iustiniani*, I, 1870, p. 773, n° 2.

traction opérée à ses dépens[1]. Or notre fragment ne mentionne aucune espèce d'opposition).

Dès lors il faut faire de *messem* le complément d'*inspiciente*, et traduire: *Pendant que le fermier surveillait la moisson..., tu as soustrait... la récolte.* Mais qu'importe que le fermier ait été occupé ailleurs, ou ne l'ait pas été, au moment de la soustraction ? Cette circonstance n'a pas d'intérêt juridique. Pourquoi Labéon, si économe de paroles, a-t-il pris soin de l'indiquer ici ? — C'est évidemment *inspiciente* qu'il faut corriger[2]. Mommsen l'a ingénieusement remplacé par *in spicis cessante* (Messem in spicis, cessante colono..., sustulisti) : Car il est essentiel de savoir s'il s'agit de moissons[3] encore sur pied[4] (= *in spicis*)[5] que le fermier ne récolte pas (= *cessante colono)*, ou de moissons déjà coupées : le fermier acquiert la propriété des moissons, et, en général, de tous les fruits, dès qu'il les récolte. Jusque-là les moissons appartiennent au propriétaire[6]. C'est Labéon lui-même qui, dans un autre passage[7], marque la différence existant entre la *stipula* (épi coupé, attribué à la personne qui a le *ius fruendi)* et la *spica* (épi tenant au sol, appartenant au *dominus fundi).* Cette coïncidence, non relevée par Mommsen, fournit un bon appui à sa conjecture,

[1] *Supra*, p. 547.

[2] On pourrait songer, à vrai dire, à lire *insciente colono.* Mais aucun auteur n'a proposé cette correction, qui constituerait une tautologie, puisque *sustulisti* implique à lui seul l'idée d'un enlèvement clandestin.

[3] Pour repousser l'hypothèse de Mommsen, Mr Von Mayr *(Condictio*, p. 84, 3) suivi par Mr Debray *(le Fermier et la loi Aquilia. Nlle Rev. Hist. de Droit*, XXXIII, 1909, p. 673, 2) tire argument de l'emploi du mot *messis*, qui ne s'entend, croit-il, que de *moissons coupées.* Cet argument serait peut-être admissible s'il s'agissait d'interpréter un texte classique. Mais il s'agit d'interpréter un texte de Labéon. Virgile, contemporain de Labéon, parle de *traducere messes* dans le sens d'*attirer par des artifices magiques les moissons d'un fonds sur un autre* (Verg., *Ecl.*, 8, 99) : il s'agit bien de moissons sur pied. Un glossaire traduit même *spica* par *messis (Corp. Gloss. lat.*, éd. Goetz, V, 245, 18 : Spica messis, unde credo spiculum dici, sed ispicas dicimus generis femenini).

[4] Sur le sens de *spica*, voy. notamment, outre le texte cité *infra*, n. 7, Varro, *R. R.*, I, 48 (Ed. Keil, I, pp. 184-186).

[5] Pour la forme *in spicis*, voy. Ovid., *Met.*, VIII, v. 291.

[6] Girard, *Manuel*[5], p. 321.

[7] Paul., *l. III ad Sabinum. Dig.*, 7, 4, fr. 13. Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, *spicam, quae terra teneatur*, domini fundi esse...

que recommande aussi une scholie des Basiliques[1], et qui nous paraît s'imposer[2].

Le sens du témoignage de Labéon est donc le suivant : Tu as soustrait à un fermier négligent tout ou partie de sa récolte sur pied, sachant bien que tu t'appropriais la chose d'autrui. La *condictio* sera donnée contre toi, dit Labéon, au propriétaire (bailleur); et le fermier aura l'action *ex conducto* contre ce propriétaire pour l'obliger à intenter ladite *condictio*.

La décision de ce texte, toute simple qu'elle paraisse, est au fond assez énigmatique. Labéon n'attribue en effet aucune désignation spéciale à sa *condictio*. Nous ignorons dès lors s'il pense à la *condictio ex causa furtiva* donnée au cas de *furtum* sans *subreptio*, ou à la *condictio ex iniusta causa* donnée au cas de *subreptio*. L'espèce est ambiguë. Car, si elle se réfère bien à une soustraction, c'est à une soustraction d'une sorte particulière, celle d'une chose originairement immobilière, qui ne devient mobilière que par la soustraction même. Aussi Labéon n'emploie-t-il pas le terme technique de la loi Atinia. Il dit *sustulisti*, et non *subripuisti*. Et c'est pourquoi peut-être aussi il suppose la mauvaise foi du maraudeur (= *cum alienam esse non ignorares*) : la *subreptio* tombant sous le coup de la loi Atinia ne requiert pas la mauvaise foi[3]; sans doute n'avons-nous pas affaire en effet à une *subreptio* rentrant dans les prévisions de la loi Atinia.

S'il en est ainsi, la *condictio* dont parle Labéon est une *condictio ex causa furtiva*[4] : c'est cette même *condictio ex causa furtiva* qui, dans la doctrine des *veteres*, s'applique aux choses immobilières, non susceptibles de *subreptio*[5]. Elle s'applique ici, par une extension exceptionnelle qu'atteste l'emploi du mot *posse* (= *condicere tibi... posse Labeo ait*), à une chose mobilisée, et nous avons là un témoignage montrant comment tend à s'élargir, dans des cas particulièrement favorables, le domaine de l'ancienne *condictio ex causa*

[1] *Basil.*, 20, 1, 60, 5, sch. 6.

[2] *Contra* Von Mayr, *Condictio*, p. 84. Dubitatif Debray, *l. c.*, p. 673, 2.

[3] Cf. *supra*, pp. 275 ; 356-357 ; 528.

[4] Labéon ne s'explique pas sur les conditions de la légitimation passive de la *condictio* dont il parle. Si c'est bien une *condictio ex causa furtiva*, elle est soumise à la règle *Fur semper moram facere videtur*.

[5] Labéon admet donc sans doute la théorie du *furtum fundi* (*supra*, p. 589).

furtiva, et à comprendre des hypothèses très voisines de celle d'une soustraction[1].

A cette interprétation on opposera peut-être une objection, tirée des conditions de la légitimation active de l'action visée par Labéon. Nous avons montré que les *veteres* donnent la *condictio ex causa furtiva* au volé contre le propriétaire quiritaire ou bonitaire de l'objet volé, tandis qu'ils donnent la *condictio ex iniusta causa* au propriétaire de l'objet volé contre le *subripiens*, simple possesseur. Or Labéon décide ici que c'est le *dominus* qui peut intenter la *condictio*.

L'objection serait embarrassante si Labéon envisageait principalement la question de savoir si le demandeur est ou n'est pas propriétaire de l'objet dérobé, c'est-à-dire des moissons enlevées. Mais tel n'est pas le cas. Labéon se préoccupe uniquement de décider qui, du fermier ou du bailleur, peut intenter la *condictio*. *Dominus* s'oppose ici à *colonus*, et désigne uniquement le *dominus fundi*.

15

Un autre fragment se réfère à une difficulté particulière soulevée par la légitimation passive de la *condictio ex causa furtiva*, lorsque l'auteur du *furtum* est une personne *alieni iuris*. Puisque cette *condictio* ne se donne que contre le propriétaire de l'objet volé, elle devra s'intenter alors contre le *paterfamilias* de l'*alieni iuris*, et contre lui seul. Telle était bien en effet la solution encore admise par Labéon, au dire d'Ulpien *(l. XXIX ad edictum)* :

Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. An vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur. Et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam : idem Labeo probat[2], quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune. Nam

[1] C'est de la même façon que la théorie du *furtum eorum quae de fundo tolluntur (supra*, pp. 591 et sqq.) est sortie de la théorie du *furtum fundi*.

[2] MM. Lenel et Bremer placent ce témoignage de Labéon dans la partie de ses *Libri ad edictum* qu'il aurait consacrée au commentaire du titre XVIII, 104, de l'Edit *(Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur)*. Mr Bremer précise même davantage, et place ce témoignage dans les *Libri ad edictum praetoris urbani*, sans raison bien apparente. La même remarque s'applique aux autres textes de Labéon que nous rapportons plus loin.

et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio[1].

Ce fragment offre des difficultés. Examinons-le d'abord dans son ensemble, et tel qu'il figure au Digeste.

Une personne *alieni iuris* commet un vol. Contre qui le volé peut-il intenter la *condictio ex furtiva causa?*

Contre un fils de famille, — capable de s'obliger contractuellement et quasi-contractuellement, — il le peut certainement, dit Ulpien. Inversement, il ne le peut pas contre un esclave. Mais le peut-il contre la personne en la puissance de qui l'*alieni iuris* se trouve? Donne-t-on la *condictio* contre le père ou le maître *de peculio*[2]? Ulpien hésite à se prononcer. Sans doute, dit-il, l'action doit se donner (= *dandam*) *de peculio*, dans la mesure où le maître a été enrichi. C'était d'ailleurs déjà l'avis de Labéon : il est inique, professait ce jurisconsulte, qu'un maître puisse s'enrichir impunément par le vol de son esclave. Et, en effet, un père de famille peut être poursuivi dans la mesure de son enrichissement par l'action *rerum amotarum* pour les détournements que sa fille a commis.

Remarquons l'opposition des termes employés ici pour la *condictio furtiva* et pour l'action *rerum amotarum* : *actionem dandam* et *actio competit*. C'est seulement au cas de *res amotae* qu'on admet de plein droit l'action contre le *paterfamilias;* mais, au cas de *furtum*, on n'admet pas de plein droit la *condictio;* le préteur doit la donner, en dehors des prévisions du droit civil[3] : aussi l'expression *dandam... actionem* se justifie-t-elle, encore qu'il s'agisse d'une action qui, comme action directe, est civile. L'emploi de *competit* pour l'action *rerum amotarum* s'expliquerait moins bien

[1] *Dig.*, 15, 1, fr. 3, 12. LENEL, *Paling.*, I, c. 512, n° 85 ; II, c. 594, n° 851 ; BREMER, II, 1, p. 87, n° 13. Cf. *Basil.*, 18, 5, 3, 12. — Sur ce texte, qui a été souvent commenté, voy. notamment PERNICE, *Labeo*, I, p. 133 ; PAMPALONI, *Sopra la condictio furtiva (Studi sopra il delitto di furto*, II, 1, 1900), p. 71 ; VON MAYR, *Condictio*, pp. 75-83 ; PELLEGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo*, p. 40, n° 63 ; p. 89 ; *Condictio und kein Ende*, p. 35 ; VON KOSCHEMBAHR LYSKOWSKI, *Condictio*, II, p. 294, 1, et 235, 2.

[2] Il s'agit évidemment d'une *condictio* intentée directement. La façon de parler du texte écarte toute idée d'une action *iudicati de peculio*. Cf. KOSCHEMBAHR, *Translatio iudicii*, Graz, 1905, pp. 188 et sqq. ; DUQUESNE, *la Translatio judicii dans la procédure civile romaine* (*Ann. de l'Université de Grenoble*, XXII, 1910), pp. 207 et sqq.

[3] Puisqu'il la donne *in quantum locupletior dominus factus esset*.

si ce mot sortait de la plume de Labéon. Mais, comme nous le verrons, il lui est probablement étranger.

Qu'est-ce qui appartient en propre à Labéon dans ce texte?

La question est délicate; néanmoins il y a quelques points qui s'éclaircissent assez aisément.

1° La première proposition *(Ex furtiva causa... constat)* ne provient pas de Labéon, mais de Sabinus[1]. Cela ressort d'un passage de Paul *(l. IX ad Sabinum)* :

Ex furtiva causa filio familias condici potest : numquam enim ea condictione alius quam qui fecit tenetur aut heres eius[2].

Les mots *Numquam enim... heres eius* appartiennent visiblement à un commentaire de la règle *Ex furtiva causa filio familias condici potest*. Remarquons d'ailleurs le désaccord existant entre la forme explicative du commentaire (= enim) et son contenu, qui dépasse évidemment la portée de la règle commentée. La règle dit : « On peut agir contre le fils », et le commentaire ajoute : « en effet on ne peut agir que contre le *furtum faciens* ou son héritier ». Remarquons enfin l'asymétrie des deux tournures employées dans les deux parties du texte : le verbe *(condici)* dans la première ; le substantif *(ea condictione)* dans la seconde. Nous croyons donc, par application des principes généraux posés par M. Schulz[3], que la phrase *Ex furtiva causa filio familias condici potest* appartient à Sabinus, et le commentaire *numquam enim ea condictione alius quam qui fecit tenetur aut heres eius* à un auteur postérieur (Paul? Les compilateurs?)

Revenons maintenant au témoignage d'Ulpien dans ses *Libri ad edictum*. La proposition par laquelle il débute est identique à la règle sabinienne que nous venons d'isoler :

Ulpian., *l. XXIX ad Edictum :*	Paul., *l. IX ad Sabinum :*
Ex furtiva causa	Ex furtiva causa
filio quidem familias	filio familias
condici posse	condici potest.
constat.	

[1] Mr Pampaloni croit, il est vrai, que les mots *Ex furtiva causa... constat* sont interpolés *(Sopra la condictio..., l° c°*, p. 71, n. 25. Mais c'est une conjecture dénuée de preuve. Mr Pampaloni ne s'explique pas d'ailleurs, à ma connaissance, sur le fr. 5, *Dig.*, 13, 1).

[2] *Dig.*, 13, 1, fr. 5. Lenel, *Paling.*, I, c. 1278, n° 1802. *Basil.*, 60, 10, 5.

[3] Schulz, *Sabinusfragmente*, pp. 8 et sqq.

D'où la conclusion suivante : Ulpien a suivi de près les *Libri iuris civilis* de Sabinus ; c'est sans doute même d'après Sabinus qu'il cite la décision de Labéon. Sabinus disait : *condici potest ;* Ulpien dit : *condici posse constat ;* la différence s'explique parce que l'attribution de la *condictio furtiva* contre le fils de famille, encore hésitante au temps de Sabinus, était acceptée par tout le monde au temps d'Ulpien.

Mais la règle *Ex furtiva causa filio quidem familias condici potest* n'aurait-elle pas Labéon pour premier auteur ? Nous ne le croyons pas. Cette règle s'appliquait expressément au fils de famille. Or Labéon paraît avoir raisonné sur le cas d'un esclave. Le raccordement est même assez maladroitement fait entre la règle sabinienne et la décision de Labéon qu'on y relie.

2° Examinons maintenant la fin du fragment, qui est placée directement sous l'autorité de Labéon. Il nous paraît cependant probable qu'elle ne vient pas tout entière de ce jurisconsulte. Il faut éliminer d'abord la phrase *Nam et circa... actio rerum amotarum*, qui n'est sûrement pas de Labéon, et peut-être pas d'Ulpien. *a)* Elle n'est pas de Labéon, car elle vise le cas d'une *filia familias*, tandis que l'argumentation expressément attribuée à Labéon vise le cas d'un esclave : les deux raisonnements ne s'ajustent pas. En outre Labéon n'eût pas écrit *competit actio rerum amotarum*, car il s'agit d'une action récemment introduite (sans doute par le préteur)[1], à propos de laquelle les jurisconsultes anciens (Atilicinus, Fulcinius, et jusqu'à Julien) emploient régulièrement l'expression *danda est actio*[2]. *b)* Elle n'est peut-être même pas d'Ulpien : la transition *nam et* est un critère assez sûr d'interpolation[3], et il y a des parties de la phrase que leur forme signale comme suspectes : *circa rerum amotarum actionem... competit actio.*

3° En revanche, nous attribuerons sans grande difficulté à

[1] Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*. I. *Die Condictionen*, pp. 256-257 ; Von Mayr, *Condictio*, p. 81 ; *infra*, c. XV, § 5.

[2] Voy. p. ex. *Dig.*, 25, 2, fr. 6, pr. ; fr. 22, pr. Nous ne citons pas le témoignage, en apparence plus significatif, de Mela (*Dig.*, 25, 2, fr. 3, ¶), parce que les mots *dandam actionem* y doivent avoir été remaniés. *Infra*, c. XV, § 5.

[3] Kalb, *Juristenlatein*, pp. 63 et sqq. Mais voy. cependant Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi*. *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XLII (1906), p. 19, dont l'argumentation tend à attribuer à Ulpien la phrase *Nam et... de peculio*.

Labéon[1] le raisonnement *quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune*, qui est cité textuellement par Ulpien. Cela nous amène nécessairement à lui attribuer aussi les mots *in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto*, qui se rattachent visiblement à ce raisonnement.

Le texte nous est-il parvenu tel qu'il est sorti de la plume d'Ulpien ? Ce n'est guère vraisemblable. La forme en est assez suspecte : M. von Mayr a relevé[2] le mauvais emploi des modes et des temps des verbes : *an danda est* (au lieu de *an danda sit*); *in quantum... dominus factus esset* (au lieu de *factus sit*); *quia iniquissimum est* (au lieu de *quia iniquissimum sit*[3]); — il a relevé aussi le contraste entre la forme *an vero de peculio danda est* (avec un sujet tel qu'*actio* ou *condictio* sous-entendu[4]), et la forme *condici posse* de la phrase précédente. Le fond n'est pas moins inattendu. Nous n'attacherons, il est vrai, aucune importance à ce fait que la *condictio ex causa furtiva* n'est pas donnée ici *in solidum* contre le *paterfamilias*, tandis qu'elle est donnée *in solidum* contre l'héritier du voleur[5] : car Labéon ignore certainement la *condictio ex causa furtiva* donnée *in solidum* contre l'héritier ; nous avons indiqué que Sabinus l'ignore encore[6]. Nous n'en attacherons pas davantage à la contradiction formelle, plus ou moins accusée, qu'on prétend relever entre la décision de Labéon, et la règle, très postérieure, que formule Ulpien : *Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari*[7], dans laquelle l'emploi du mot *solet* supprime toute sérieuse difficulté, même pour le droit le plus récent[8]. Mais nous sommes frappés des objections que soulève

[1] Cf. pourtant Bremer, II, 1, p. 87, 13 : Confirmatio sententiae ab Ulpiano videtur addita esse. M. Pampaloni tient aussi ces mots pour interpolés (*Sopra la condictio furtiva, l° c°*, p. 73).

[2] Von Mayr, *Condictio*, p. 81.

[3] On rapporte en effet une argumentation de Labéon : *quia* doit donc être construit avec le subjonctif.

[4] Cf. Collinet, *Un nouveau critère...* N^lle *Rev. Hist.*, XXXIV (1910), pp. 157-173.

[5] Cf. Von Mayr, p. 77.

[6] Ulpian., *l. II Disputationum. Dig.*, 50, 17, fr. 58. Cf. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, 1876, pp. 232 et sqq.; Solazzi, *Sulla capacitas del filius familias di stare in giudizio. Bull. dell' Istituto di dir. romano*, XI, 1898, p. 133.

[7] Sur l'emploi de *solet*, voy. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, Iena, 1910, pp. 62-63.

[8] Cf. Von Mayr, pp. 76-77.

l'insertion, à trois reprises, des mots *de peculio* : 1° An vero in patrem... *de peculio* danda est ? 2° In quantum locupletior dominus factus esset... actionem *de peculio* dandam. 3° In id quod ad patrem pervenit competit actio *de peculio*. Comment expliquer que le *paterfamilias* ne soit tenu de la *condictio ex causa furtiva* que si le voleur a un pécule, et surtout qu'il ne soit tenu *de peculio* que s'il a été lui-même enrichi, et dans la mesure de son enrichissement [1] ? Le raisonnement de Labéon ne répond pas à cette question ; il ne suppose pas l'existence d'un pécule : est-il plus juste qu'un maître profite du vol de son esclave lorsque cet esclave n'a pas de pécule que lorsqu'il en a un ?

Ces anomalies nous amènent à nous demander si l'expression *de peculio* n'a pas été ajoutée après coup à notre fragment [2].

16

Mais, dira-t-on peut-être, la décision d'Ulpien n'est pas isolée. Un témoignage d'Africain mentionne aussi une *condictio ex causa furtiva* donnée *de peculio* contre le *paterfamilias* du voleur dans la mesure de son profit.

Africain *(l. VIII quaestionum)* :

Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quae dicendum : si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio

[1] Desjardins, *Traité du vol*, pp. 254-255 ; Von Mayr, p. 78.

[2] En ce sens Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva*, *l. c.*, p. 71. On a même cru parfois que tout le passage *An vero... quaeritur* était interpolé. Faber, *De erroribus*, 1658, déc. 70, err. 3.

eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit[1].

Il s'agit d'un esclave vendu avec son pécule, qui a commis, après la vente, un vol aux dépens du vendeur. On demande quelles sanctions rei persécutoires comporte ce vol.

Deux hypothèses peuvent se présenter. Ou bien, au moment du vol, le voleur avait exécuté la vente en livrant l'esclave avec le pécule, ou bien il ne l'avait pas exécutée.

A. Le vendeur n'avait pas livré l'esclave et le pécule ; il en était encore propriétaire au moment du vol. Alors, en vertu du principe qu'exprime la définition du pécule due à Tubéron (= *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur*[2]), il peut s'indemniser par voie de rétention. Si pourtant il a négligé d'opérer cette rétention (sans doute parce qu'il ignorait la soustraction commise), et s'il s'est dessaisi de tout le pécule, il a ainsi payé plus qu'il ne devait, et il a la *condictio indebiti* sous forme de *repetitio plus debito soluti*, pour réclamer le pécule livré sans déduction.

B. Le vendeur avait livré l'esclave et le pécule, dont l'acheteur était ainsi devenu propriétaire (au moins bonitaire). Africain donne une solution peu claire. Tantôt, dit-il, le vendeur n'a aucune espèce de *condictio de peculio*, tantôt il n'a de *condictio* que jusqu'à concurrence de l'enrichissement du pécule :

... licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset...

Nous avons peine à entendre ce raisonnement en en rapportant, comme on le fait habituellement[3], l'un des termes à la *condictio ex causa furtiva*. Car on méconnaît, ce faisant, toute l'ordonnance du

[1] *Dig.*, 19, 1, fr. 30, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 27, n° 95. *Basil.*, 19, 8, 30. Sur les remaniements de ce texte, voy. Solazzi, *Studi sull' Actio de peculio (Bull. dell' Istit. di dir. romano*, XVII, 1905, pp. 209-264), pp. 234 et sqq., et, en dernier lieu, Beseler, *Beiträge*, III, p. 157.

[2] *Dig.*, 15, 1, fr. 5, 4. Voy. Von Koschembahr-Lyskowski, II, p. 236, 2.

[3] Voy. notamment Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 251, 2; Solazzi, *Sulla capacita del filius familias di stare in giudizio*, l° c°, p. 139; Pflueger, *Ciceros Rede pro Roscio comoedo*, p. 40; *Condictio und kein Ende*, pp. 16-17; Von Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, II, pp. 233-242, notamment pp. 234-235; Duquesne, *A travers la condictio. N^lle Rev. Hist.*, XXXII (1908), p. 223.

raisonnement. 1° On méconnaît d'abord la symétrie évidente qu'établit Africain entre nos *condictiones* et la *repetitio plus debito soluti* dont il est question plus loin :

licet,
si iam traditus furtum mihi fecisset,
aut omnino condictionem ... non haberem,
aut eatemus haberem...
tamen
in proposito
et retentionem me habiturum
et... posse me condicere.

La *condictio* qui est refusée lorsque le vol a été commis après la tradition ne peut être autre que la *condictio* qui est accordée lorsque le vol a été commis avant la tradition, c'est-à-dire la *repetitio plus debito soluti*[1]. Cela se comprend d'ailleurs parfaitement : évidemment le vendeur n'a payé plus qu'il ne devait, et ne peut par conséquent répéter le *peculium plus debito solutum*, que si le vol est antérieur à la tradition intégrale du pécule.

2° On méconnaît aussi la symétrie de l'alternative *aut omnino condictionem... non haberem*, *aut eatenus haberem...*, *quatenus...* Les deux termes de cette alternative se rapportent nécessairement à une seule et même *condictio*. Africain ne peut avoir songé, sans le dire[2], à une *condictio indebiti* dans le premier, à une *condictio furtiva* dans le second ; s'il a songé à une *condictio indebiti* dans le premier, il a songé à une *condictio indebiti* dans le second.

Reste seulement à expliquer comment cette *condictio indebiti*, refusée dans certains cas, peut, dans d'autres, se donner *quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*[3].

[1] Pernice, ayant admis, sans discussion, qu'il s'agissait d'une *condictio furtiva*, a dû admettre, par suite, que notre passage était interpolé. Pour lui, la *repetitio plus debito soluti* est l'œuvre des compilateurs. Cependant la forme de notre passage est irréprochable : même l'emploi de *vel* dans le sens de *au moins* (= *vel quasi plus debito solverim posse me condicere*) ou d'*omne* dans le sens de *totum* (= *omne peculium*), est attesté par des pièces de comparaison au dessus de tout soupçon. Voy. Heumann-Seckel, *Handlexikon*[1], p. 615, v° *Vel*, 4, et p. 391, v° *Omnis, in fine*.

[2] Car les mots *ex re furtiva* (et non *ex causa furtiva*), qui figurent dans le deuxième terme, et qui n'ont rien de technique, se rattachent à *quatenus auctum peculium fuisset*, mais non à *condicere* ou à *condictio*.

[3] Cf. l'explication de Koschembahr-Lyskowski, II, p. 238.

Nous avons dit que le vendeur n'a payé *plus debito* que si le vol est antérieur à la tradition *intégrale* du pécule : dans ce cas, la *repetitio plus debito soluti* fonctionne certainement. La fin de la phrase exprime cette idée dans une formule qui n'a pas assez attiré l'attention : *et si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere.* Lorsque la *repetitio plus debito soluti* est possible, elle permet de réclamer toute la chose payée (et non pas seulement l'excédent de sa valeur sur le *debitum*[1]). Ici elle permet de réclamer tout le pécule[2], y compris le produit du vol, et c'est pourquoi le texte parle d'une *condictio de peculio.* Mais qu'arrive-t-il si le vol est commis à un moment où le pécule n'a été livré qu'en partie ? On ne sait pas s'il y a *plus debito solutum;* cela dépend du montant du vol et de la valeur de la part du pécule qui lui a été livrée. Sans doute, si le reliquat conservé par le vendeur dépasse la valeur de la chose volée, son droit de rétention suffira à l'indemniser. Mais, si ce reliquat est inférieur au montant du *furtum*, il répétera le *plus debito solutum* sans réclamer tout le pécule (dont il a encore une partie entre les mains) : il agira *quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*[3].

[1] Voy. p. ex. Marcellus cité par Ulpian., *l. XXVI ad edictum. Dig.*, 12, 6, fr. 26, 4, et Paul., *l. III Quaestionum. Dig.*, 50, 17, fr. 84. Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 249.

[2] En ce sens Pflueger, *Ciceros Rede pro Roscio comoedo*, p. 40. Cf. Pfersche, *Die Bereicherungsklagen.* Wien, 1883, p. 73. Cette interprétation est évidemment liée de près à la théorie de Mr Pflueger sur les origines de la *condictio incerti (Ueber die condictio incerti. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, R. A., XVIII (1897), pp. 75-113. Nous ne pouvons examiner ici cette théorie (Cf. Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 129-179; Michon, *l'Histoire de la condictio incerti. Nlle Rev. Hist.*, XXXII (1908), p. 374, 1). Bornons-nous à dire que nous croyons, avec Mr Duquesne *(A travers la condictio. Nlle Rev. Hist.*, XXXII (1908), p. 219, 1), que cette théorie est valable dans l'ensemble, quoique susceptible d'améliorations dans le détail.

[3] Un exemple numérique préciserait cette hypothèse en l'éclairant. Soit un pécule qui vaut 1000. Le vendeur a livré déjà 900, quand l'esclave lui vole 300. Le vendeur ne peut retenir 300, puisqu'il ne lui reste que 100. Il ne peut répéter tout le pécule, puisqu'il ne l'a pas livré tout entier. Il ne peut même pas, pour en avoir le droit, livrer préalablement les 100 qui lui restent, car la *condictio indebiti* suppose un paiement fait tout entier par erreur. Il ne peut donc agir, au titre de la *condictio indebiti*, que dans la mesure de l'enrichissement du pécule, c'est-à-dire pour 300, l'acquéreur pouvant d'ailleurs lui réclamer le solde non livré du pécule par l'action *empti* (sinon lui opposer la compensation jusqu'à concurrence de ce solde : Africain est mort peut-être depuis longtemps en l'année 175 (Fitting, *Alter und Folge*², p. 31), et l'introduction de la compensation *ex dispari causa* dans les *stricta iudicia* remonte au règne de Marc Aurèle [161-180]).

Ainsi ce n'est pas la *condictio ex causa furtiva* qui est donnée ici dans la limite de l'enrichissement du pécule[1].

Ce système se confirme par un témoignage d'Ulpien assez voisin de celui d'Africain : il s'agit encore d'un esclave qui commet un vol aux dépens du maître qui l'a vendu. Mais, dans le texte d'Ulpien, l'esclave est vendu sans pécule.

Ulpien *(l. XLIII ad Sabinum)* :

Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur : et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. Unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest videlicet quasi furtiva, hoc ita, si res ad emptorem pervenit[2].

La *condictio* donnée ici est certainement la *condictio ex causa furtiva*[3], et elle n'est pas donnée *de peculio*, puisque l'esclave n'a pas de pécule.

Notre système trouve enfin un appui dans un dernier fragment d'Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est

[1] En ce sens, mais sans justification. Von Mayr, *Condictio*, p. 78. Mr Pampaloni *Sopra la condictio furtiva*, 1e c°, p. 71, croit le fr. 30 *Dig.*, 19, 1 fortement interpolé. Les compilateurs y auraient ajouté la mention de l'action donnée *de peculio*. M. Solazzi, 1e c°, p. 236, ne retranche que les mots *id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium* et *aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*. Mr Partsch croit aussi à l'interpolation des deux propositions *vel quasi plus debito solverim...* et *quasi res mea... pervenerit (Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXXII (1911), R. A., p. 449). Mais, sur ce dernier point, cf. Herzen, *les Produits de la chose et le possesseur de bonne foi. Melanges Girard*, I, p. 544, 52.

[2] *Dig.*, 18, 1, fr. 29. Lenel, *Paling.*, II, cc. 1173-1174, n° 2901.

[3] Bolze, *Zur Lehre von den Kondiktionen. Arch. für zivilistische Praxis*, 78, p. 438; Koschembahr-Lyskowski, II, p. 238, 2; Siber, *Passivlegitimation*, p. 47. Si le texte d'Ulpien contient, comme nous le croirions volontiers, un noyau de *Sabiniana* (jusqu'aux mots *Hoc ita*. Voy. *infra*, p. 608, 1. Cf. Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 86), nous devrions relever les expressions « si qua res fuerit... subrepta, condici potest videlicet quasi furtiva », qui confirment les résultats précédents de notre étude. La *condictio ex causa furtiva* s'applique originairement, non aux *res subreptae*, mais aux choses qui ont fait l'objet d'un *furtum improprium*. C'est Sabinus qui a étendu la *condictio ex causa furtiva* aux *res subreptae*, et il l'a fait d'abord pour des hypothèses particulièrement favorables, comme celle du fr. 29 (18, 1), où la *subreptio* consiste en un détournement commis par l'esclave aux dépens de son ancien pécule.

domino id quod ad eum pervenit : in residuum noxae servum dominus dedere potest [1].

Ce fragment, lui aussi, est remanié. Ulpien ne parle plus, dans la phrase finale, que de l'esclave, après avoir parlé, dans la phrase initiale, de l'esclave et du fils de famille [2] : ce qui s'explique sans doute parce que les compilateurs ont voulu modifier la décision relative à l'abandon noxal [3] : on sait que Justinien a aboli l'abandon noxal des personnes *in patria protetate* [4]. Cette décision est d'ailleurs singulière. Serait-ce la *condictio ex causa furtiva* qu'on donnerait *noxaliter* pour tout ce qui dépasse le profit personnellement retiré par le maître du vol de l'esclave ? Mais nous savons que les actions rei persécutoires ne se donnent pas *noxaliter* [5] ! Serait-ce donc alors l'action *furti* ? Mais Ulpien n'en prononce pas le nom ! Et comment comprendre que l'action *furti* noxale ne se donne pas pour le tout, mais seulement *in residuum* ? Evidemment les raisons d'utilité pratique que s'évertuent à faire valoir ici les commentateurs modernes n'ont aucune valeur [6].

Mais, la proposition finale écartée, le fragment reste clair : par la

[1] *Dig.*, 13, 1, fr. 4. Lenel, *Paling.*, II, c. 1167, n° 2873. Cf. *Basil.*, 60, 10, 4. et les scholies. Le contexte a été reconstitué, grâce à la sagacité de Mr Lenel, au moyen de fragments épars à d'autres places du *Digeste* (5, 1, fr. 57 ; 9, 4, fr. 35). Sur l'ensemble, voy. Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva*, *l° c°*, p. 70 ; Koschaker, *Translatio iudicii*, pp. 172-173 ; Seckel, *Die Haftung de peculio und in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil. Aus röm. und bürgerl. Recht E. I. Bekker gewidmet*, 1907, p. 366, n. 2 ; Duquesne, *Translatio iudicii*, pp. 207-208, n. 1 ; Solazzi, *Sulla capacita del filius familias*, *l° c°*, pp. 137-138.

[2] La suite du passage (Lenel, *Paling.*, *l° c°*, n° 2873) ne parle même que du fils de famille, et parait également interpolée. Sur cette question, qui intéresse particulièrement l'histoire de la *translatio iudicii*, voy. les auteurs cités dans la note précédente.

[3] Mr Lenel, *Paling.*, II, c. 1167, 1, suppose qu'Ulpien avait écrit *noxae eum dominus dedere potest*. Mais ce n'est pas encore assez : car le mot *dominus*, qui subsiste, ne saurait désigner à la fois le maître et le *paterfamilias* du voleur. D'autres auteurs (Mr P. Krueger suivant le président Favre) croient que les mots *vel filius familias* sont un glossème.

[4] Just., *Inst.*, IV, 8, 7. Girard, *les Actions noxales. Nlle Rev. Hist.*, XI (1887), p. 422 ; Desjardins, *Traité du vol*, p. 255, 9.

[5] Girard, *Actions noxales*, p. 416, 1. En sens contraire, Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva. Studi sopra il delitto di furto*, II, pp. 72 et sqq.

[6] Voy. p. ex. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux [2], V (1858), pp. 536-537 (App. XIV, n° 18), suivi par Desjardins, *Traité du vol*, p. 254 ; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III[7], p. 574 ; Accarias, *Précis de droit romain*, II[4], p. 953, 1.

condictio fondée sur le *furtum* de la personne *alieni iuris*, on réclamera au *paterfamilias* « *id quod ad eum pervenit* » : cela équivaut sensiblement à l'*in quantum locupletior dominus factus esset* de Labéon. Et il n'est aucunement question de limiter la responsabilité du *paterfamilias* au montant du pécule[1].

Revenons au fragment d'Ulpien (*Dig.*, 15, 1, fr. 3, 12). Nous croyons avoir rendu plausible l'interpolation des mots *de peculio* qui y figurent.

Dès lors, nous pouvons essayer de restituer le témoignage de Sabinus utilisé par Ulpien. Cette tentative aura l'avantage de préciser nos conclusions. Nous ne nous dissimulons pas, d'ailleurs, le caractère hypothétique de notre reconstruction, et nous n'en garantissons point le détail.

Sabinus :

Ex furtiva causa filio familias condici potest...

(Ici se plaçait sans doute une proposition qui a disparu, et qui excluait la possibilité de *condicere ex causa furtiva* contre l'esclave[2]; elle se réduisait peut-être aux mots *servo non potest*).

An vero in patrem vel in dominum, quaeritur. Et est verius « in quantum locupletior dominus factus est[3] » ex furto facto actionem dandam. Idem Labeo probat, quia « iniquissimum est[4] ex furto servi dominum locupletari impune ».

Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de soupçonner notre texte d'interpolations plus radicales, et, notamment, d'attribuer aux compilateurs la mention de la *condictio* mise sous le nom de Labéon[5].

[1] Il ne suffit évidemment pas, pour écarter la contradiction de ces témoignages, d'alléguer avec Pernice, *Labeo*, I, p. 133, que les jurisconsultes postérieurs à Labéon ont jugé superflu de motiver la responsabilité du père ou sa limitation : Die späteren Juristen halten eine Motivierung der Haftung überhaupt oder der Beschränkung derselben für überflüssig.

[2] Cf. ce que dit Ulpien dans son livre *XLIII ad Sabinum* (où il traite précisément de la *condictio*) : *Dig.*, 15, 1, fr. 41. Lenel, *Paling.*, II, c. 1173, n° 2899 : Nec servus quicquam debere potest.

[3] Nous supposons que l'original portait *est* et non *esset*. L'emploi de l'indicatif s'expliquerait alors par l'idée d'une citation textuelle incorporée sans modification dans une phrase au style indirect.

[4] Cet indicatif s'expliquerait comme le précédent.

[5] C'est le parti que prend Mr Von Mayr, *Condictio*, pp. 82-83.

Mais quelle est la nature de cette *condictio?*

On admet d'habitude comme allant de soi que c'est une *condictio ex causa furtiva*, pareille aux *condictiones ex causa furtiva* que nous avons rencontrées jusqu'ici. Mais, en regardant le texte de plus près, on y trouve des raisons de douter. Il oppose en effet l'action donnée purement et simplement à l'action donnée dans la mesure de l'enrichissement. On se demande, dit d'abord Ulpien, si la *condictio ex causa furtiva* (et il entend par là une *condictio* tendant à répéter la *res furtiva*, — une *condictio*, pourrions-nous dire, *in solidum)* atteint le père ou le maître. Après quoi il poursuit : mieux vaut donner dans ce cas une *condictio* dans la mesure de l'enrichissement. Conclusion : la *condictio in quantum locupletior dominus factus esset*, admise par Ulpien après Labéon, ne se confond pas avec la *condictio ex causa furtiva in solidum.*

Cette conclusion résulte d'ailleurs aussi des deux textes que nous avons cités tout à l'heure *(Dig.*, 18, 1, 29, et 13, 1, 4). Le premier parle de *condicere rem quasi furtivam ;* le second parle de *condicere id quod ad dominum pervenit.* Cependant le premier ajoute : *hoc ita, si res ad emptorem pervenit.* Mais nous discernons sur le champ, dans ce *hoc ita*, une addition au texte primitif. Mr Schulz a établi[1] que *hoc ita* est l'une des transitions habituelles par lesquelles Ulpien introduit dans son commentaire des critiques rectificatives du texte commenté[2]. Nous avons donc, dans le début du fragment (= *Quotiens servus venit... potest videlicet quasi furtiva)*, un *Sabinianum*, et dans la fin du fragment (= *Hoc ita, si res ad emptorem pervenit)*, une glose d'Ulpien[3].

En résumé, nous croyons avoir rendu vraisemblables les conclusions suivantes :

1° La règle *Ex furtiva causa filio condici potest* a pour auteur, sûrement au fond, et vraisemblablement en la forme, Masurius Sabinus. Avant lui, on ne donnait la *condictio*, à raison du *furtum* commis par le fils, que contre le *paterfamilias.*

[1] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 8.

[2] P. ex. *Dig.*, 29, 2, fr. 13, pr. (Schulz, p. 23); 50, 17, fr. 23 (Schulz, p. 67). De même Pomponius et Paul, dans leurs *Libri ad Sabinum. Dig.*, 17, 2, fr. 59 (Schulz, p. 93 : 41, 4, fr. 6, 2 (Schulz, p. 94); 8, 2, fr. 28 (Schulz, p. 96).

[3] Mr Schulz, p. 86, croit que le commentaire d'Ulpien commence déjà aux mots *videlicet quasi furtiva.*

2° Mais, dès le temps de Labéon, on discutait pour savoir si cette *condictio* avait pour objet la *res furtiva* elle-même, ou seulement l'enrichissement acquis au *paterfamilias*. Labéon a fait triompher le second parti.

3° Dans un cas comme dans l'autre, d'ailleurs, le défendeur à la *condictio* était propriétaire de la valeur qu'on lui réclamait.

17

Ainsi Labéon, fidèle à la tradition ancienne, n'admettait encore la *condictio ex causa furtiva* qu'au cas de *furtum improprium*, contre un défendeur propriétaire de la *res furtiva*. Rien ne fait supposer qu'il ait soutenu de son autorité la *condictio ex iniusta causa* proposée par un parti de la doctrine contre un défendeur non-propriétaire. Il n'a pas innové davantage en ce qui concerne la légitimation de l'action *furti*. Il n'a pas connu la règle *Furtum fit possessionis* Si ce jurisconsulte, ordinairement hardi, fait ici presque figure de conservateur, cela tient probablement à ce que le préteur n'avait pas encore composé, au temps où il écrivait, ses principaux édits sur le *furtum :* Labéon ne commentait encore que deux édits de caractère spécial et restreint, et n'en connaissait apparemment pas d'autre. Réduit à spéculer sur le vieux droit civil, il ne pouvait guère que glaner des épis oubliés dans le champ moissonné par les *veteres* et par Servius

Où donc est l'apport propre de Labéon dans la doctrine du *furtum?* Il le faut chercher dans la mise en œuvre de ses qualités de logicien et de psychologue : qualités innées sans doute, mais qu'avait développées en lui son initiation au stoïcisme. Psychologue, Labéon s'est écarté des conceptions matérialistes en vigueur jusqu'à lui : il a fait à la volonté une plus large place dans la notion du délit ; il a séparé le complice du coauteur. Logicien, il s'est efforcé d'analyser et de classer plus rigoureusement les notions préexistantes : sa classification des *genera furtorum*, basée sur les caractères intrinsèques de ces *genera*, marque un réel progrès par rapport à celle de Servius, qui se borne à juxtaposer des concepts disparates que rapprochent seulement leurs caractères extrinsèques. Nous apprécierons mieux son effort en ce sens quand nous aurons étudié les paragraphes 183 à 210 du Commentaire III de Gaius.

CHAPITRE XV

FABIUS MELA

§ 1. Textes qui traitent encore comme *furtum* un simple refus de restituer. — § 2. Cas de complicité *consilio tantum*. — § 3. Cas de complicité *ope tantum*. — § 4. Texte sur la légitimation active de l'action *furti*. — § 5. L'action *rerum amotarum* et l'action donnée contre un *paterfamilias* à raison des détournements que sa fille mariée a commis aux dépens de son mari. — § 6. Cette dernière action est une *condictio ex causa furtiva*. § 7. Les textes qui lui donnent le nom d'action *rerum amotarum* sont interpolés. — § 8. Originairement, en effet, l'action *rerum amotarum* ne se donne qu'au cas de mariage *cum manu*. — § 9. Les acquisitions réalisées par l'esclave volé. Solution de Mela. — § 10. Solution de Sabinus. — § 11. L'opposition de ces deux solutions implique qu'une transformation s'est réalisée, de Mela à Sabinus, dans la théorie de la *condictio ex causa furtiva*.

Fabius Mela, jurisconsulte postérieur à Servius, mais antérieur à Proculus, paraît avoir écrit vers le temps où écrivait Labéon[1]. Sans doute la théorie du *furtum* préoccupait-elle fort les juristes de ce temps, car la contribution de Mela sur la matière est relativement abondante, et d'un réel intérêt[2]. Non pas que Mela soit un esprit

[1] Dirksen, *De Fabio Mela*, 1818, p. 5; P. Krueger, *Quellen*², p. 160, n. 47-50; Bremer, II, 1, p. 288.

[2] Outre les fragments analysés plus loin, nous devons mentionner, pour mémoire, un fragment qui touche à l'action *furti* noxale, mais qui n'a pas d'intérêt en ce qui concerne la théorie du *furtum*. Paul., *l. LI ad edictum* : Si is, qui in libertatem proclamat (Paul avait écrit : *adseritur*. En ce sens Lenel, Bremer, Koschaker. *Contra* Wlassak, furti aut damni iniuria ab aliquo arguatur, Mela ad interim cum cavere debere iudicio se sisti (Paul avait écrit : *vadimonium facere debere*), ne melioris condicionis sit qui dubiae libertatis est quam qui certae : sed sustinendum iudicium, ne praeiudicium libertati fiat. Aeque si cum possessore hominis furti agi coeperit, deinde is, cuius nomine agebatur, in libertatem proclamaverit (: *adsertus sit*), sustinendum iudicium, ut, si liber iudicatus sit, in ipsum transferatur iudicium : et, si damnatio facta sit, iudicati actionem potius in eum dandam (*Dig.*, 40, 12, fr. 24, 4. Lenel, *Paling.*, I, c. 1062 n° 546; Bremer, II, 1, p. 293. Cf. *Basil.*, 48, 8, 24, 4). Ce texte a surtout de l'importance pour l'histoire de la procédure. Voy. Koschaker, *Translatio iudicii*, Graz, 1905, pp. 220-232; Duquesne, la *Translatio iudicii*, pp. 202-204.

fort original. Il se borne, sur plusieurs points, à préciser et à compléter la doctrine de Labéon. Mais du moins il fournit des renseignements précieux sur l'état de la doctrine à la veille de la grande réforme de Sabinus.

1

Plusieurs témoignages de Mela se rapportent aux éléments constitutifs du *furtum* principal ou de la complicité.

Pour le *furtum* principal, Mela ne s'occupe que de l'élément matériel *(ops)*. Il tient encore le refus de rendre, la *negatio*, comme constituant une *ops* suffisante, au moins dans le *furtum improprium*.

La preuve en est fournie par un fragment d'Ulpien *(l. XXXVII ad edictum)* :

Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat, quod verum esse arbitror[1].

Les mots *si celandi animo retineat* ont certainement été ajoutés après coup (par Ulpien? ou plutôt par les compilateurs?) à la décision originale de Mela, comme l'ont été ailleurs d'autres incidentes conditionnelles requérant également l'*animus celandi*[2]. Mela professait uniquement que le fait par le créancier gagiste de refuser après paiement la restitution du gage constituait un *furtum*.

Nous ne savons guère, vu la brièveté du texte et la pénurie de termes caractéristiques, quelle sorte de *pignus* Mela avait en vue[3]. Nous inclinons pourtant à croire qu'il songeait à un gage avec transfert de propriété[4]. L'essentiel est de remarquer que, pour Mela, le

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 7. Lenel, *Paling.*, I, c. 696, n° 30; II, c. 676, n° 1042; Bremer, II, 1, p. 296. Cf. *Basil.*, 60, 12, 52, 7.

[2] La preuve est fournie plus bas (c. xvi, § 22) pour le fr. 48, 3 *(Dig.*, 47, 2). Citons aussi *Dig.*, 17, 2, fr. 45 (Lenel, *Paling.*, II, c. 1130, 1, et *infra*, c. xvi, § 19). On éliminerait encore dans le fr. 9 pr., *Dig.*, 11, 3, les mots *sed si celandi animo recepit, potest defendi teneri eum*, que leur forme désigne suffisamment comme suspects. Mr Beseler, II, p. 89, tient toute la fin de ce texte pour interpolée. Sur l'expression *potest defendi*, voy. Beseler, II, pp. 24-25, et, en sens contraire, Berger, C.-R. du livre de Beseler, dans *Kritische Vierteljahreschrift*, 1912, pp. 424-425. Evidemment *potest defendi* n'est pas à lui seul un critère d'interpolation. Mais il faut reconnaître que cette expression figure souvent dans des textes suspects.

[3] Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, 1, p. 36.

[4] En nous fondant sur la seule expression du texte qui implique une acception technique : *reddat*. *Reddere*, composé de *dare*, implique originairement un transfert

gagiste commettait un *furtum (improprium)* par le seul refus de rendre ce qu'il avait reçu (= *non reddat*). C'était ce refus (*infitiatio, negatio*) qui constituait le fait matériel nécessaire pour consommer le *furtum*[1]. Evidemment cette solution se fonde sur une notion archaïque du *furtum*. Elle n'est pas isolée. On en trouve une du même genre, et plus surprenante encore, chez Sabinus. Le rapprochement s'impose. La solution de Sabinus est rapportée par Ulpien (*l. XXVIII ad edictum*) :

Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit[2] victori, praescriptis verbis actio in eum competit[3] : nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat : quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti ? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit[4].

Deux personnes ont conclu un pari. Selon l'usage, elles ont appuyé leur pari d'un enjeu : chacune d'elles a déposé son anneau aux mains d'un ami[5]. Il est entendu que cet ami remettra les deux anneaux au gagnant. Le fait auquel est subordonnée l'issue du pari s'étant réalisé, le gagnant réclame les anneaux. Il se heurte à un refus.

de propriété. Donc, pour pouvoir *reddere*, il faut être propriétaire. Voy. Cujas, *l. XX Digest.* (*Dig.*, 31, fr. 21, et 50, 16, fr. 94 : verbum « reddendi » quanquam significatum habet retro dandi, recipit tamen et per se dandi significationem. Cf. Beseler, *Beiträge*, III, p. 17. *Supra*, 581, 4.

[1] *Supra*, p. 374.

[2] *Reddiderit?* — ou bien, — le refus de rendre étant postérieur à la réception des anneaux, — *reddat?*

[3] Aux mots *praescriptis verbis... competit*, qui sont interpolés, il faut substituer quelque chose comme *in factum actio adversus eum danda est*. Lenel, *Paling.*, II, c. 583, 1; Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, p. 137.

[4] *Dig.*, 19, 5, fr. 17, 5. Lenel, *Paling.*, II, c. 583, n° 806; Bremer, II, 1, p. 528. *Basil.*, 20, 4, 17, 5. La dernière phrase, introduite par *plane*, est-elle d'Ulpien ou des compilateurs ? Cf. Beseler, I, p. 35, note, et Berger, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, 1912, p. 433.

[5] Nous ne discuterons pas la question de savoir si cette tierce personne peut être désignée techniquement du nom de séquestre. Cf. Meyer, *Sequestration und Arrest im römischen Recht*, Leipzig, 1856, pp. 73 et sqq., et Arangio Ruiz, *Studii sulla dottrina romana del sequestro*, I (extr. de l'*Arch. giuridico*, LXXVI (1906), p. 8, note). M. Sens, *la Dation des arrhes. Histoire d'une sûreté réelle*, (*Nouv. Rev. Hist.*, XXXVII (1913), p. 609, 1, veut que notre texte soit relatif à une question d'arrhes dans une vente. Singulière vente que celle dans laquelle l'acheteur serait désigné du nom de *vainqueur* (= *nec reddit victori; neque dominium victor habuit*)!

Quelles actions peut-il faire valoir contre l'ami infidèle? Evidemment ce gagnant, qui pourrait intenter l'action *depositi* pour son propre anneau, ne saurait l'intenter pour l'anneau de son adversaire. Ulpien donne l'action *praescriptis verbis*. Mais Sabinus donnait l'action *furti*[1] et la *condictio ex causa furtiva*[2].

Comment justifier le système de Sabinus? Ulpien le critique, en faisant remarquer que le gagnant n'a jamais eu la possession ou la propriété de l'anneau de son adversaire. Il a raison pour qui envisage la légitimation active de la *condictio ex causa furtiva* et de l'action *furti* dans leurs principes classiques. Mais il a tort pour qui se place au temps où écrivait Sabinus. Aucun des devanciers de cet auteur ne fondait encore, nous le verrons, la légitimation active de l'action *furti* sur la qualité de possesseur ou de *dominus*. Et la *condictio ex causa furtiva*, applicable au cas de *furtum improprium* (ce qui est bien notre cas ici), se donnait précisément contre un *dominus :* le dépositaire des anneaux en avait acquis la propriété en consommant son *furtum*[3].

Nous avons donc encore[4] là un *furtum improprium* résultant d'un refus de rendre. Peut-être trouverait-on d'autres applications résiduelles de la même notion archaïque[5]. L'une d'elles est signalée en termes très caractéristiques par Ulpien, qui s'inspire sans doute de Pomponius, et peut-être même, par l'intermédiaire de Pomponius, de Quintus Mucius[6].

[1] Sur cette question, voy. Cornil, *Debitum et obligatio. Mélanges P. F. Girard*, Paris, 1912, I, pp. 231-232.

[2] Von Mayr, *Condictio*, p. 159.

[3] Cf. Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 218, 4.

[4] *Supra*, p. 612.

[5] Mentionnons seulement, comme se rapprochant de notre matière, le témoignage de Sabinus rapporté par Pomponius, *l. XVI ad Sabin. Dig.*, 25, 2, fr. 8, 1 : Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset. Cf. Lenel, *Edit perpétuel*, II, p. 27; *Edictum*[2], p. 300; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 1181; Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi in diritto romano. Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XLII (1906), pp. 51 et sqq.; Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, I, Palermo, 1913, pp. 155 et sqq.

[6] Ulpian., *l. XIX ad edictum. Dig.*, 41, 1, fr. 44, *in fine*. Il s'agit d'une question soulevée par Pomponius (= *Pomponius tractat*), à propos d'un *colonus* qui avait sauvé des porcs de la gueule d'un loup, et qui prétendait les garder pour lui. Sans doute Pomponius examinait cette question dans ses *Libri ad Q. Mucium*. Mommsen croit même que le nom de Q. Mucius n'a disparu du texte que par une erreur de

Quant à la *condictio ex causa furtiva* donnée contre le dépositaire des anneaux, elle fonctionne encore comme par le passé, c'est-à-dire qu'elle se donne au volé contre un défendeur qui est devenu propriétaire de l'objet du vol.

2

Sur la théorie de la complicité nous possédons deux témoignages de Méla. Ils présentent de l'intérêt parce que, remontant à une époque où Labéon venait de proposer son interprétation disjonctive des mots *ope consilio*, ils nous font connaître les premières applications de la théorie nouvelle. Mela utilise cette théorie pour combler les lacunes que présentait de son temps la répression du faux.

L'un des témoignages se rapporte à la complicité *consilio*. Ulpien le cite dans les termes suivants *(l. XXXVII ad edictum)*:

Si quis servo meo persuaserit, ut nomen suum ex instrumento puta emptionis tolleret, et Mela scripsit et ego puto furti agendum[1].

Ulpien ajoute : Sed si servo persuasum sit, ut tabulas meas describeret, puto, si quidem servo persuasum sit, servi corrupti agendum, si ipse fecit, de dolo actionem dandam[2].

Nous savons qu'en général de simples conseils, donnés à un esclave indépendamment de tout acte matériel, ne consomment à la charge du conseilleur ni un *damnum* ni un *furtum*. Le préteur les réprime par l'action *servi corrupti*[3]. Mais cette action n'est

scribe au lieu de *Cogitabat tamen*..., il propose de lire : *Cogitabat Mucius annon*...). La partie du fragment qui nous intéresse est la suivante : Melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem : licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo furandi fuerit colonus persecutus, tamen cum reposcenti non reddit, supprimere et intercipere videtur. On ne saurait décomposer avec certitude ce fragment en ses éléments constitutifs, ni décider si les mots *ego arbitror* proviennent d'Ulpien ou de Pomponius.

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 23. Lenel, *Paling.*, I, c. 696, n° 30; II, c. 677, n° 1042. Bremer, II, 1, p. 297. Cf. *Basil.*, 60, 12, 52, 23.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 24. M. Lenel, *Paling.*, II, c. 677, n. 1 et 2, admet à juste titre l'interpolation des mots *si quidem servo persuasum sit* et *si ipse fecit, de dolo actionem dandam*.

[3] *Supra*, pp. 506 et sqq.

applicable, aux termes même de l'Edit, qu'aux conseils qui ont causé à l'esclave un préjudice physique ou moral diminuant sa valeur intrinsèque *(quo eum eam deteriorem faceret*[1]), et il paraît que les premiers interprètes de l'Edit entendaient cela rigoureusement. Cette interprétation stricte se réflète dans le témoignage de Mela que nous venons de citer : sans doute la valeur de l'esclave qui a falsifié un acte de vente ne s'en trouve pas diminuée, et l'action *servi corrupti* ne s'applique pas contre l'instigateur du faux, du moins du temps de Mela [2]. Enfin la peine publique de la loi Cornelia, — si tant est que son extension aux faux dans les actes privés soit déjà accomplie au temps de Mela [3], — frappe seulement le faussaire et toute personne qui a utilisé l'acte falsifié, mais non l'instigateur du faux comme tel[4]. Aussi Mela, embarrassé sans doute pour appliquer une sanction à un fait répréhensible qui ne rentrait dans aucune catégorie définie, s'est-il tourné du côté de l'action *furti*.

Comment expliquer sa décision ? Les *veteres*, qui ne séparaient pas le *consilium* de l'*ops* dans le *furtum*, ne l'auraient pas admise. Mais Labéon venait de fonder la théorie de la complicité en proposant une interprétation disjonctive des mots *ope consilio*. Sans doute Mela le suivait-il en admettant qu'on pouvait commettre un vol par simple instigation *(consilio*, pris dans son sens récent). Toutefois il y apportait une réserve. Il ne donnait l'action *furti* que dans un cas où le mauvais conseilleur avait retiré quelque avantage du faux [5]. Il tendait ainsi à voir dans l'intention intéressée l'élément caractéristique du vol perpétré *consilio tantum*.

Toute cette théorie en voie d'élaboration a été battue en brèche plus tard par Sabinus [6], mais sans succès immédiat. Notre témoignage même prouve qu'Ulpien admettait l'action *furti* proposée

[1] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 838, 1 *(Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 161, 2).

[2] Au contraire elle s'applique sans doute au temps d'Ulpien. Voy. Ulpian., *l. XXIII ad edictum. Dig.*, 11, 3, fr. 11, 1 : Servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat : videlicet tenebor.

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 672, 1 *(Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, II, p. 394, 2).

[4] Paul., *Sent.*, 5, 25, 9 (10) : Qui falsis instrumentis, actis, epistulis, rescriptis sciens dolo malo usus fuerit, poena falsi coercetur.

[5] Cela ressort suffisamment du contraste entre le cas envisagé par Mela (= *ut nomen suum ex instrumento puta emptionis tolleret)* et le cas envisagé immédiatement après par Ulpien (= *ut tabulas mea describeret)*.

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 36, pr. *Infra*, c. xvi, § 14.

par Mela [1]. Justinien, dans ses *Institutes*, écarte, il est vrai, la complicité *consilio tantum* [2]. Mais rien n'établit qu'il ait déjà trouvé cette décision chez les classiques [3].

3

A côté de ce cas de complicité *consilio tantum*, nous trouvons un cas de complicité *ope tantum*. Le témoignage de Mela est relaté par Ulpien dans le même passage que le précédent.

Ulpien *(l. XXXVII ad edictum)* :

Maiora quis pondera tibi commodavit, cum emeres ad pondus ; furti eum venditori teneri Mela scribit ; te quoque, si scisti : nam [4] non ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere [5].

La falsification des poids et mesures n'a été réprimée par les peines de la loi Cornelia qu'à partir du règne de Trajan. On n'a jamais appliqué, d'ailleurs, l'action pénale publique au simple usage de poids et mesures faux [6]. Pour combler cette lacune, Mela proposait l'action *furti*, du moins dans le cas particulièrement favorable que rapporte notre texte. Primus avait acheté au poids des marchandises à Secundus. Les pesées avaient été effectuées avec des poids faux, plus lourds que les poids légaux, prêtés à Primus par Tertius. Le vendeur Secundus s'était trouvé lésé, puisqu'il avait dû livrer un poids de marchandises supérieur à celui qu'on lui avait payé. Mela donnait en pareil cas l'action *furti* contre Tertius. Notre fragment ajoute même : contre Primus aussi, s'il savait que les

[1] Dans le cas où l'intention lucrative fait défaut, Ulpien ne donne plus que l'action *servi corrupti*. Dans le cas où l'intention lucrative existe, Ulpien ne mentionne pas l'action *servi corrupti*, sans doute parce qu'il suit de près le texte de Mela. Mais il n'est pas douteux qu'il l'accorde (car l'interprétation de l'édit *servi corrupti* a bien changé depuis le temps de Mela). Cf. Ulpian., *l. XXIII ad Edictum*, *Dig.*, 11, 3, fr. 1, 5 ; fr. 11, 1.

[2] *Inst. Just.*, 4, 1, 12 : Certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

[3] Zocco-Rosa, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, II, p. 264.

[4] Le mot *nam* est omis par la *Florentine*.

[5] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 22. Lenel, *Paling.*, I, c. 696, n° 30 ; II, c. 677, n° 1042 ; Bremer, II, 1, pp. 296-297. Les *Basiliques* 60, 12, 52, 22 modifient sensiblement le texte : Ἐὰν τις ἀγοράσῃ τοῦ πράτου, μείζονα σταθμὰ ὑποδείξῃ, καὶ αὐτὸς, καὶ ὁ ἀγοραστὴς ὑπόκειται τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ.

[6] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 676 (*Droit pénal romain*, tr. Duquesne, II, p. 399).

poids n'étaient pas justes. Mais cette addition ne provient pas de Mela[1], à en juger par l'argumentation qui l'appuie : « Ce n'est pas avec le consentement de Secundus, dit le texte, que Primus a reçu les marchandises, puisque Secundus se trompait sur le poids[2]. » Allusion évidente à une règle qui n'existait peut-être pas avant Sabinus, et qui, en tout cas, n'a été formulée pour la première fois que par Sabinus, d'après laquelle on ne se rend coupable de vol, en maniant la chose d'autrui, que si l'on doit croire qu'on agit *invito domino*[3].

Au fond, l'espèce examinée et résolue par Mela rappelle une autre espèce examinée et résolue par Gaius *(l. XIII ad edictum provinciale)* :

Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum : licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur[4].

Ici comme chez Mela, il s'agit d'un cas de complicité résultant d'une participation matérielle (= *ope tantum)* sans instigation. Il n'y a, entre les deux espèces, qu'une différence notable. Gaius exigeait que le complice fût de mauvaise foi (= *sciens*[5]). Mela n'exigeait rien de pareil : il donnait sans doute l'action *furti* contre le prêteur qui avait prêté des poids faux en les croyant justes. C'est là l'application étroite de l'interprétation disjonctive des mots *ope consilio* proposée par Labéon. On sait qu'elle n'a pas prévalu, et qu'une évolution postérieure a conduit à admettre qu'il n'y avait pas de complicité *ope* sans mauvaise foi *(ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit*[6]).

[1] Mr Bremer, II, 1, p. 297, place déjà entre crochets la phrase *Nam non ex voluntate... in pondere.* Nous croyons que cela entraîne aussi l'élimination des mots *Te quoque, si scisti.*

[2] Cf. Ferrini, *Diritto penale*, p. 184.

[3] *Infra*, c. xvi, § 22.

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 55, 4.

[5] De même dans les *Institutes* de Justinien, IV, 1, 11 : Ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit.

[6] *Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2. *Supra*, p. 401. Quel est l'initiateur de cette réaction ? Nous manquons d'indices pour l'identifier. On peut supposer toutefois que ce n'est pas

4

Sur la légitimation active de l'action *furti*, nous possédons un seul témoignage de Mela. M. Schulz a pensé y trouver l'appui le plus ferme pour sa théorie, qui voit, comme on sait, dans l'obligation à la *custodia* l'intérêt nécessaire et suffisant pour agir *furti*[1].

Ce témoignage est rapporté par Ulpien (*l. XXXVII ad edictum*) :

Si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit eaque subrepta sit, Mela scripsit eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit, socium non habere[2].

Il existe entre Primus et Secundus une société universelle (*societas omnium bonorum*). Cette société comprend tous les biens présents et à venir des coassociés, et notamment leurs créances. Supposons que, pour garantir une de ces créances, l'un des associés, Primus par exemple, reçoive un objet en gage. Un peu plus tard, cet objet lui est soustrait. Qui peut exercer l'action *furti* ? Primus

Sabinus. Sans doute Sabinus admettait-il encore la complicité *ope tantum*, sans mauvaise foi de la part du complice. La preuve est fournie par un témoignage qu'on est assez tenté d'attribuer à Sabinus. (En ce sens Ferrini, *Diritto penale romano*, p. 302). Pomponius, *l. XIX ad Sabinum* (*Dig.*, 47, 2, fr. 37. Lenel, *Paling.*, II, c. 127, n° 668. Cf. *Basil.*, 60, 12, 37) : Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit. Les mots *si aliquis eum habere coeperit* impliquent que le chasseur qui a poursuivi mon paon apprivoisé s'expose à l'action *furti* comme complice. Et il s'agit d'une complicité *ope tantum*, car rien n'indique que le chasseur voulut faire tomber le paon aux mains d'un compère. L'emploi de l'indicatif *quoad is perit* (ou *perit ?*) semble même exclure toute idée d'intention délictueuse (Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], p. 373). Cet indicatif est insolite. Dans la subordonnée *quoad is perit*, dépendant d'une proposition subjonctive, on attendrait nécessairement le subjonctif (Riemann-Lejay[5], pp. 416-418). La défaillance de l'attraction modale révèle ici l'utilisation d'un texte primitif plus ou moins remanié, et dans lequel *quoad is perit* ne dépendait pas d'une proposition subjonctive. On peut supposer un *responsum* ancien conçu à peu près dans les termes suivants : « Pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus es, quoad is periit. Agere tecum furti me posse <responsum est> *ou* <veteres responderunt> ». Les mots *si aliquis eum habere coeperit* pourraient avoir été ajoutés au *responsum* primitif : on ne trouve rien de pareil dans le *responsum* du *mulio* (*supra*, p. 380). Sur ce texte, voy. Cohn, *Beiträge*, II, p. 33 ; Pampaloni, *la Compensabilità* ... [illegible], p. 9

[1] Schulz, *Die Aktivlegitimation*, *l. c.*, p. 44. Cf. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 152.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 18. Lenel, *Paling.*, I, c. 696, n° 30 ; II, c. 677, n° 1042. Brem., II, 1, p. 296. Cf. *Basil.*, 60, 12, 52, 18.

tout seul, ou bien Secundus comme Primus ? Mela admet que c'est Primus seul, c'est-à-dire l'associé qui a reçu le gage.

Sur quel principe fonde-t-il sa décision ? Nous ne le savons guère, le raisonnement de Mela n'étant indiqué que par la formule laconique « *qui pignori accepit* », qui peut viser aussi bien la constitution d'un droit réel par la remise du *pignus* que la conclusion *re* d'un contrat de gage. Aucun indice ne nous autorise à faire un choix entre les deux explications. Nous pouvons admettre que le gagiste a seul l'action *furti* comme seul titulaire d'un droit réel (c'est l'explication habituelle [1]). Nous pouvons admettre aussi que le gagiste a seul l'action *furti* comme seul tenu à la *custodia* de la chose engagée. Mais, dans ce cas, Mela professerait une doctrine qui lui serait propre. Ni avant lui, chez les auteurs que nous avons étudiés, ni après lui, chez Sabinus, l'obligation à la *custodia* ne passe pour une condition nécessaire de la légitimation active de l'action *furti* [2].

5

Avec Mela nous sommes amenés pour la première fois à nous occuper de l'action *rerum amotarum*.

L'action *rerum amotarum* ne remonte certainement pas bien plus haut que notre auteur. Le premier jurisconsulte qui y touche est Ofilius [3]. Après Ofilius, Labéon, Sabinus, Nerva, Fulcinius, Atilicinus, Proculus, Cassius [4], l'étudient à qui mieux mieux : les commentaires que lui consacrent les jurisconsultes du début de l'Empire sont assez nombreux et assez importants pour que Baron en ait pu conclure, sans prendre même garde au témoignage d'Ofilius, que l'action *rerum amotarum* n'existait pas sous la République [5]. Con-

[1] Mr Schulz croit (p. 43) que l'on se trompe en basant, comme on le fait ordinairement (Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II, 1864, p. 400), la légitimation du gagiste sur son droit réel. La preuve en serait que le créancier hypothécaire, malgré son droit réel, ne semble pas avoir l'action *furti*. Mais remarquons que le droit réel du gagiste et celui du créancier hypothécaire sont de natures très différentes. Le gagiste a au moins la possession, et peut-être, au temps de Mela, la propriété.

[2] *Supra*, pp. 348-355 ; 554-557 ; *infra*, c. xvi, §§ 24 et sqq.

[3] Paul., *l. VII ad Sabin. Dig.*, 25, 2, fr. 3, 3.

[4] *Dig.*, 25, 2, fr. 1 ; fr. 3, 4 ; fr. 6, pr. ; fr. 8, 1 ; fr. 13 ; fr. 19. Pour le fr. 3, 12 (*Dig.*, 15, 1), voy. *supra*, p. 597.

[5] Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*. I. *Die Condictionen*,

clusion à peine exagérée, car, si elle existait, ce n'était pas depuis longtemps. Nous savons que l'action *rerum amotarum* se donne originairement au mari contre la femme, à la dissolution du mariage, à raison des détournements que la femme a pu commettre aux dépens du mari en vue du divorce. Cette action est-elle une action rei persécutoire, comme on l'admet couramment? Est-ce plutôt une action pénale, comportant même une condamnation au double, comme cela a été soutenu plus récemment [1]? Quels sont les rapports de cette action avec l'action *furti* et la *condictio ex furtiva causa*? Autant de questions qui restent ouvertes, et sur lesquelles peut jeter quelque clarté l'analyse du témoignage de Mela. Celui-ci a pour nous d'autant plus de prix qu'il est antérieur à Sabinus. Il est rapporté par Paul *(l. VII ad Sabinum)*, et est ainsi conçu :

Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisdatione defendat [2].

Ce texte est évidemment interpolé. Mais il faut s'entendre sur l'étendue des interpolations. On s'accordera facilement, avec MM. Lenel et P. Krueger, pour attribuer aux compilateurs les mots *de dote*, substitués par eux aux mots *rei uxoriae* [3]. Mais faut-il

1881, p. 256. Sur la date d'introduction de l'action *rerum amotarum*, voy. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1179 ; Pampaloni, *Sopra alcuni azioni attinenti al delitto di furto. Studi senesi*, XVII (1900), p. 152, 12; Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi in diritto romano. Riv. Ital. per le scienze giuridiche*, XLII (1906), p. 77, et les citations; Biondo Biondi, *Studi sulle actione arbitrariae*, I, Palermo, 1913, pp. 155-165.

[1] Mr Pampaloni, *Sopra alcuni azioni...*, *l° c°*, pp. 149 et sqq., admet que l'action *rerum amotarum* est originairement pénale et au double, et que ce sont les compilateurs qui en ont fait une action rei persécutoire. Mr Zanzucchi, *il Divieto...*, *l° c°*, pp. 30 et sqq., admet bien que l'action *rerum amotarum* est pénale, mais n'admet pas qu'elle soit au double.

[2] *Dig.*, 25, 2, fr. 3, 4. Lenel, *Paling.*, I, c. 695, n° 20; c. 1274, n° 1774; Bremer, II, p. 292. Cf. *Basil.*, 28, 11, 3, 4.

[3] Une opinion extrême, et qui n'a pas trouvé encore de partisan, semble-t-il, serait celle qui consisterait à arguer d'interpolation toute la dernière phrase *Sed si pater... cum satisdatione defendat*. On en fournirait une raison assez spécieuse : la suppression par Justinien des *retentiones* opérées sur la dot (cf. *Cod.*, 5, 13, const. 1, 5 *b* : Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium). Mais ce parti radical serait sans doute imprudent, en l'absence de critères de forme autorisant l'idée d'un remaniement.

(avec MM. Solazzi[1], Zanzucchi[2], P. Krueger) leur restituer les mots *vel in ipsam ob res amotas dari actionem ?* Faut-il (avec MM. Pampaloni[3] et Zanzucchi) leur restituer en outre les mots *de peculio dandam actionem ?* Nous croyons que le deuxième système est plus près de la vérité que le premier. Mais nous ne l'adoptons pas intégralement : il faut sans doute sauver les mots *vel in ipsam ob res amotas dari actionem,* si du moins nous cherchons à interpréter notre texte en lui-même et sans nous appuyer sur des généralisations qui ne sont pas également sûres.

Pour arguer d'interpolation les mots *vel in ipsam ob res amotas dari actionem*, Mr Solazzi allègue l'asymétrie de la construction *aiunt dandam... vel... dari,* et la redondance toute byzantine du développement *si filia... res amoverit... aiunt de peculio dandam actionem vel... ob res amotas dari actionem.* Mais ces maladresses de style s'effacent presque entièrement dès qu'on relie la proposition *vel in ipsam... dari actionem* à *displicuit* et non à *aiunt.* C'est là en effet l'interprétation la plus naturelle, et même, semble-t-il, celle qui s'impose. Mais Mr Solazzi prétend l'écarter par une argumentation spécieuse. Les compilateurs font tenir un peu plus loin[4] à Paul, remarque-t-il, le langage suivant :

Si filius familias maritus sit, utrum de peculio an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus, quae de filia familias diximus[5].

Donc Justinien, après avoir posé la question de savoir si le détournement commis par le mari *filius familias* entraîne une action *de peculio* contre son père ou une action contre lui-même, la résoud par un renvoi au fr. 3, 4 (*Dig.*, 25, 2). Et, comme nous savons que Justinien donne l'action *rerum amotarum* contre le fils lui-même, nous devons admettre qu'il la donne aussi, dans ce fr. 3, 4, *in filiam ipsam.* Les mots *vel in ipsam ob res amotas dari actionem* se

[1] Solazzi, *Sulla capacita del filius familias di stare in giudizio. Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, XI (1898), pp. 140-142.

[2] Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose...*, *l° c°*, p. 12.

[3] Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva. Studi sopra il delitto di furto*, II, 1, 1900, p. 72.

[4] Ce passage est également interpolé. Mr Zanzucchi l'a établi (*il Divieto delle azioni famose...*, *l° c°*, pp. 10-12), en prouvant, d'une façon générale, que l'action *rerum amotarum* donnée contre le mari est une création de Justinien. *Adde* Beseler, *Beiträge*, III, p. 63.

[5] *Dig.*, 25, 2, fr. 6, 1.

relient donc, dans la pensée des compilateurs du moins, à *Mela Fulcinius aiunt :* ainsi le décousu du style s'avère pleinement. — Ce raisonnement de Mr Solazzi aurait du poids s'il n'y manquait quelque chose : la preuve que l'action *rerum amotarum* se donne, sous Justinien, *in filium ipsum*. M. Solazzi ne fournit aucun témoignage à l'appui de cette allégation, et pour cause : nous n'avons pu, quant à nous, en découvrir aucun. Dès lors rien ne nous oblige à croire que l'action se donne aussi *in filiam ipsam ;* rien ne nous oblige à rattacher, malgré la grammaire, *vel in ipsam... dari actionem* à *aiunt*.

Nous croyons donc : 1° que les mots *vel in ipsam... dari actionem* ne sont pas interpolés ; 2° que, ces mots se rattachant à *displicuit*, l'action à raison du détournement ne s'intente jamais contre la *filiafamilias ;* elle s'intente toujours contre son *paterfamilias*.

Mais le texte doit être remanié dans d'autres de ses parties. Un certain nombre d'anomalies se groupent en effet autour des termes *de peculio dandam actionem*. Signalons principalement : A. L'amphibologie que crée l'emploi du pronom *eam* (= *quia displicuit eam furti obligari)*, qui, venant après *actionem*, semblerait à première vue remplacer ce dernier mot. B. L'incohérence de l'opposition que veut marquer le texte entre l'action *de peculio* d'une part, les actions *furti* et *rerum amotarum* d'autre part. Tandis qu'il donne les dernières contre la fille *(eam furti obligari... ; in ipsam dari actionem)*, il n'identifie pas le défendeur à la première. Sans doute on sait bien, au fond, que l'action *de peculio* se délivre *in patrem*. Mais, en la forme, opposer l'action *in eam* ou *in ipsam* à l'action *de peculio* constitue une inélégance qu'on peut mettre à la charge de Justinien[1] plutôt que d'un classique. En outre le texte n'indique pas la cause de l'action *de peculio*, tandis qu'il spécifie que l'action *in ipsam* se donnerait *ob res amotas*. D'où l'hypothèse spécieuse : l'action *de peculio* ne serait-elle pas donnée *ob res amotas ?* C. Enfin, et surtout, l'explication *quia displicuit furti eam obligari vel in ipsam ob res amotas dari actionem* ne cadre pas avec le fait qu'elle doit justifier : l'exclusion de l'action *furti* et de l'action *rerum amotarum* contre la fille n'implique pas la limitation de la

[1] Notamment dans le fragment précité 25. 2. fr. 6. 1.

responsabilité du père au cas où la fille a un pécule, et au montant de ce pécule[1].

Ces observations nous amènent à restituer aux compilateurs, comme nous l'avons fait ailleurs, la mention de l'action *de peculio* qui sanctionnerait le détournement commis par une personne en puissance. Sans doute faut-il lui substituer, pour se rapprocher de l'original, l'indication d'une action *in patrem*. Par contre, nous n'avons pas lieu de biffer, à la fin du texte, la mention relative à l'action *in solidum*. Mr Pampaloni croit devoir prendre ce parti, parce qu'il estime qu'ici *in solidum* s'oppose à *de peculio*[2]. Mais il est possible aussi qu'*in solidum* s'oppose à *in id quod ad patrem pervenit*, et nous ne pouvons rayer les premiers mots sans avoir envisagé cette possibilité.

Quoi qu'il en soit, nous aboutissons, au moins pour le début du texte, à une restitution voisine de celle de Mr Pampaloni. En apparence, mais non en réalité. Mr Pampaloni regarde en effet l'action *rerum amotarum* comme une action pénale[3], qui ne serait devenue rei persécutoire que sous Justinien. Cette action aurait pu, comme telle, se donner *noxaliter*, lorsque le délinquant était un *alieni iuris*. Les compilateurs auraient substitué la mention d'une action *de peculio* à la mention d'une action noxale partout où ils la rencontraient. Ce serait le cas ici. Paul se serait exprimé de la façon suivante :

Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt in patrem cum noxae deditione actionem dari[4]...

Nous ne prétendons pas discuter, dans une analyse de sources, la thèse de Mr Pampaloni dans son ensemble. Nous croyons du moins pouvoir expliquer sans y recourir, à la seule lumière des

[1] *Dig.*, 15, 1, fr. 3, 12. *Supra*, p. 597.

[2] Cf. Pampaloni, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto. Studi senesi*, XVII (1900), pp. 166 et 167, 17. Paul aurait écrit : Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem quam si filiam rerum amotarum iudicio defendat.

[3] Voy. l'art. précité, pp. 149-169. La thèse de Mr Pampaloni a été adoptée par Mr Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose...*, *l° c°*, pp. 30-61. Le moins que l'on puisse dire des travaux de ces savants auteurs, c'est qu'ils ont renouvelé de fond en comble nos connaissances sur l'action *rerum amotarum*. Même si l'on n'adopte pas entièrement leurs vues, il faut leur savoir grand gré de leur bel effort.

[4] Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva*, *l° c°*, II, p. 72; *Sopra alcuni azioni...*, *l° c°*, p. 166, n. 16.

textes, l'action *in patrem* sanctionnant les détournements commis par une *filiafamilias* à la faveur du mariage.

6

Cette action n'est autre qu'une *condictio ex causa furtiva*[1]. En ce sens Paul *(l. III ad Neratium)*, citant Julien :

Iulianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem [in peculium] respondit[2].

La *condictio ex causa furtiva* fonctionne ici conformément aux principes anciens déjà connus : elle sanctionne un détournement qui constitue un *furtum improprium*, et qui fournit par conséquent une cause d'acquisition au défendeur. Elle atteint le *paterfamilias* de l'*amovens*, et non l'*amovens* même : nous savons qu'il en est ainsi toutes les fois qu'un détournement est commis par un *alieni iuris*, et que les devanciers de Sabinus ignorent encore la règle *Ex furtiva causa filio condici potest*[3].

Quel est l'objet de cette *condictio ex causa furtiva?* Les mots *in peculium* ne doivent pas faire illusion : leur forme insolite suffirait, à défaut de toute autre raison, pour en déceler l'interpolation[4]. La *condictio ex causa furtiva* permet de réclamer *rem ipsam*, et même la plus haute valeur que la *res* a atteinte depuis le vol. Elle n'est pas limitée au montant de l'enrichissement procuré par le vol. C'est en ce sens que nous interprétons les mots *in solidum* qu'on rencontre vers la fin du fr. 3, 4 (*Dig.*, 25, 2) : l'action *in patrem* (que ce passage qualifie, sans doute inexactement[5], d'action *rerum amotarum)* se donne *in solidum*, comme une sorte d'action contraire de l'action *rei uxoriae*, toutes les fois que le père redemande la dot *adiuncta filiae persona*, c'est-à-dire après la dissolution du mariage par divorce[6], et du vivant de sa fille.

[1] En ce sens déjà Baron, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess. 1. Die Condictionen*, p. 264, et peut-être Bekker, *Die Aktionen*, II, p. 153, n. 42. Cf. Solazzi, *Sulla capacità...*, *l. c.*, p. 142, 3.

[2] *Dig.*, 13, 1, fr. 19. Cf. *Basil.*, 60, 10, 19.

[3] *Supra*, p. 599.

[4] Cf. Pampaloni, *Sopra la condictio*, *l. c.*, p. 71, n. 24 ; *Sopra alcuni azioni*, *l. c.*, p. 159, n. 38.

[5] *Infra*, § 7.

[6] Plus tard aussi par prédécès du mari.

Mais, dira-t-on peut-être, l'idée d'une *condictio ex causa furtiva* s'accorde mal avec la suite du passage que nous analysons. Pour qu'il y ait *causa furtiva*, il faut qu'il y ait *furtum*. Or, à en croire ce passage, « *displicuit eam* (sc. *filiam*) *furti obligari* ». Donc l'action *in patrem* ne saurait être une *condictio ex causa furtiva*.

Examinons cette objection. Sa portée dépend du sens qu'on attribue aux mots *quia displicuit eam furti obligari*. Pour fixer ce sens, nous disposons d'une pièce de comparaison fournie par un autre témoignage du même Paul, et également tiré de son livre VII *ad Sabinum :*

Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret : aliis, ut Sabino et Proculo, furto[1] quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est[2].

L'incidente *quia displicuit cum ea furti agere posse*, que nous rencontrons ici, correspond exactement à l'incidente *quia displicuit eam furti obligari* qui nous embarrassait; et elle l'éclaire. Quand l'on dit que la femme n'est pas obligée[3] *furti*, cela veut dire uniquement qu'on ne peut pas intenter contre elle l'action *furti*. Mais cela ne veut pas dire, du moins pour certains jurisconsultes, qu'elle ne commette pas de *furtum*. Sabinus et Proculus, entre autres, professent qu'elle en commet un ; et, si ce *furtum* n'est pas sanctionné par l'action *furti* que le *ius constitutum* écarte, il produit du moins certains effets[4]. Notamment il peut servir de fondement à une *condictio ex causa furtiva*.

Nous savons que Paul, suivant Julien (= *in qua sententia et*

[1] *Furtum :* Mommsen, Bremer.

[2] *Dig.*, 25, 2, fr. 1. Lenel, *Paling.*, I. c. 1274, n° 1773; Bremer, II, 1, pp. 306; 576-577. Cf. *Basil.*, 28, 11, 1. Ce fragment ne semble pas avoir subi de remaniements importants. Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose*, *l° c°*, p. 63, 1.

[3] Notons le mot *obligari :* on ne dit pas que la femme ne doive pas une *poena* pour le vol; on dit qu'elle n'est pas obligée, pas tenue à raison du vol. Nous trouvons là une illustration nouvelle de la distinction de l'*obligatio* (*Haftung*) et du *debitum* (*Schuld*). Cette distinction paraît inconnue des anciens jurisconsultes. Cf. *supra*, p. 495,4.

[4] Pampaloni, *Sopra alcune azioni...*, *l° c°*, p. 158, 37.

Iulianus rectissime est), estime que la femme *quae res amovet* commet un *furtum;* nous savons aussi que le même Paul, suivant le même Julien, admet la *condictio in patrem ex persona filiae quae res amovet*. Désormais nous n'éprouvons plus aucune difficulté à reconnaître une *condictio ex causa furtiva* dans la première action mentionnée par le fr. 3, 4 (*Dig.*, 25, 2).

En résumé, Paul avait écrit quelque chose comme ceci :

Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt in patrem condici posse, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem.

Dans la pensée de Paul, les mots *in patrem condici posse* s'opposent aux deux branches de l'explication qui suit. On intente la *condictio* parce qu'on exclut l'action *furti* noxale (= *quia displicuit eam furti obligari*); on intente la *condictio* contre le père parce qu'on exclut toute action, même rei persecutoire, contre la fille elle-même (= *quia displicuit... in ipsam ob res amotas dari actionem*). Nous aboutissons ainsi à une hypothèse diamétralement opposée à celle à laquelle aboutit Mr Pampaloni.

Resterait à déterminer la part qui revient à Mela dans cette argumentation de Paul. C'est affaire de pure conjecture. Evidemment le développement *quia displicuit...* s'ajuste médiocrement au contexte. On dirait qu'il a été, au moins pour partie, détaché du fr. 1 (*Dig.* 25, 2), et assez gauchement plaqué ici. On y trouve *quia* construit avec l'indicatif. Or on construit *quia* avec le subjonctif quand la cause ou le motif doit être présenté comme étant la pensée, non de celui qui parle, mais d'un sujet dont l'idée est contenue dans la proposition principale[1]. A s'en tenir à cette règle, l'explication *quia displicuit...* ne viendrait pas de Mela. Pour qu'elle en vînt, il faudrait qu'il y eût *quia displicuerit...* Oui, mais réservons toutefois la possibilité d'admettre que Paul a maladroitement transposé au style indirect une argumentation produite par Mela au style direct. Cette réserve nous interdit de clore cette discussion d'attribution autrement que par un *Non liquet*.

[1] Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*, 1908, p. 527.

7

Si l'action *in patrem* est bien une *condictio ex causa furtiva*, il s'ensuit qu'on ne doit pas, au temps des classiques du moins, la désigner du nom d'action *rerum amotarum*. Il existe pourtant des textes qui la désignent ainsi.

a. — Et d'abord notre texte lui-même (*Dig.*, 25, 2, fr. 3, 4), dans sa partie finale : on n'accordera au père, dit-il, l'action *rei uxoriae* que *si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisdatione defendat*, c'est-à-dire que si le père accepte la formule délivrée à raison du fait de la fille[1]. Les mots *rerum amotarum iudicio* peuvent être interpolés : car l'ablatif *iudicio* ne se comprend guère ici[2]. Il ne joue pas le rôle d'instrumental : ce n'est point par l'action (intentée contre lui!) que le père défend sa fille! Evidemment il joue le rôle de locatif. Mais alors il devrait être précédé de *in* : l'usage général de la langue, corroboré par de nombreux exemples spéciaux à l'emploi de *defendere*[3], l'atteste.

b. — Nous connaissons un autre fragment où la mention de l'action *rerum amotarum* contre le père est également suspecte.

Ulpien, *l. XXIX ad edictum* :

Nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio[4].

Mais tout désigne ce texte comme interpolé : la transition *nam et*; la mention de l'action *de peculio*; l'incohérence de la redite *circa rerum amotarum actionem... competit actio* (une action ne compète pas à propos de l'action *rerum amotarum*), qui

[1] Ulpian., *l. XLIX ad edictum*. *Dig.*, 5, 1, fr. 63 : Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisdatione...

[2] Il est sans doute superflu de remarquer que cet ablatif ne remplit pas ici sa fonction propre, qui serait de marquer *le point de départ, l'endroit d'où quelque chose est éloigné ou séparé*, et qu'on ne peut traduire *defendere filiam iudicio* par *défendre la fille contre l'action* (cf., pour l'emploi de l'ablatif après les verbes signifiant *écarter, exclure quelqu'un de quelque chose*, Riemann-Lejay, *Syntaxe-Latine*[5], pp. 131-132) : la langue juridique ne nous offre, croyons-nous, aucun précédent à invoquer en ce sens. Cf. Gaius, III, 84 : *Si adversus hanc actionem non defendantur*...

[3] In actionibus... dominum defendere. *Dig.*, 3, 3, fr. 39, pr. Qui a domino non est defensus in capitali crimine. *Dig.*, 40, 9, fr. 9, 1, etc.

[4] *Dig.*, 15, 1, fr. 3, 12. *Supra*, p. 599.

concentre les soupçons sur les mots *circa rerum amotarum actionem*. Ulpien devait s'exprimer à peu près de la façon suivante : Filiae familias < quoque > nomine in id quod ad patrem < ex rebus amotis >[1] pervenit competit actio[2].

c. — C'est sous le bénéfice des mêmes observations qu'il convient de rapporter les deux passages suivants :

Paul, *l. VII ad Sabinum :*

Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit[3].

Papinien, *l. XI Quaestionum :*

Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili iudicio petendum est[4].

Nous savons que la *condictio ex causa furtiva* se donnait contre le père *ex persona filiae quae res amovit*. La fille morte, la *condictio furtiva* cesse de menacer le père, comme elle cesse aussi de menacer l'héritier[5]. Il n'y a rien là que de naturel : après la mort de sa fille, le père ne peut plus agir en restitution de la dot *adiuncta filiae persona*, et l'on ne se trouve plus, par conséquent, dans le cas où, conformément aux principes exposés plus haut, il peut être poursuivi par la *condictio in solidum*.

Nous croyons donc que le premier texte devait se lire, dans sa teneur originaire :

Sed mortua filia in patrem condictionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.

A défaut de la *condictio ex causa furtiva* délivrée *in solidum*, on n'accorde contre le père qu'une *condictio* limitée à son enrichissement. Cette décision appartient-elle à Proculus à l'égal de la première? La formule *nisi quatenus ex ea re pater locupletior* < *factus* > *sit* pourrait avoir été ajoutée au texte après coup. Elle correspond probablement au cas où le père, ayant survécu à sa fille, agit en restitution d'une dot profectice.

[1] Cf. *Dig.*, 25, 2, fr. 5.

[2] Ou plutôt *danda est condictio*. L'action en question est, nous allons le voir, une action utile.

[3] *Dig.*, 25, 2, fr. 3, 4, *in fine*.

[4] *Dig.*, 25, 2, fr. 5.

[5] *Supra*, p. 600.

Nous remarquerons d'ailleurs le contraste qui existe entre la prétendue action *rerum amotarum quatenus ex ea re pater locupletior sit* du premier texte et l'*utile iudicium* du second[1]. On serait tenté *a priori* de croire que l'action donnée *viva filia* est l'action directe, et l'action donnée *mortua filia*, l'action utile[2] : or c'est ici tout le contraire. L'action *mortua filia* passe à la première place, l'action *viva filia* à la seconde, et cette dernière est désignée comme un *utile iudicium*. Conclusion : l'action *mortua filia* jusqu'à concurrence de l'enrichissement est l'action directe[3], la plus ancienne. Elle fonctionne contre le père pour suppléer au défaut de la *condictio ex causa furtiva*. Elle finit par fonctionner aussi, à titre utile, du vivant même de la fille. Mais dans quels cas est-on amené du vivant de la fille à agir contre le père autrement qu'*in solidum?* La réponse nous est suggérée par le fr. 3, 4 (*Dig.*, 25, 2) : c'est lorsque le père n'agit pas *rei uxoriae*[4].

En résumé, nous croyons que l'action donnée *in patrem* à raison des détournements commis par la fille aux dépens du mari n'est point l'action *rerum amotarum*. Les textes qui la désignent de ce nom sont interpolés.

8

Reste à expliquer l'exclusion originaire de l'action *rerum amotarum* lorsque l'*amovens* est une fille en puissance. L'explication est si simple et si évidente qu'on s'étonne que le fait même puisse être méconnu.

On est assez généralement d'accord aujourd'hui pour reconnaître que l'action *rerum amotarum* n'a sanctionné originairement que les détournements commis par la femme *in manu*. Cette idée, mise en lumière d'une façon saisissante par Esmein[5], a été confirmée

[1] Pour la littérature ancienne sur cet *utile iudicium* qui embarrasse si fort les interprètes, voy. Desjardins, *Traité du vol*, p. 279, n. 1.

[2] C'est évidemment en partant de cette idée que M. Pampaloni professe que, si l'action donnée *viva filia* est une action utile, l'action donnée *mortua filia* doit à plus forte raison en être une. *Sopra alcuni azioni*, l° c°, p. 167, 19.

[3] En ce sens Bekker, *Die Aktionen der römischen Privatrechts*, I, p. 144, 24.

[4] P. ex. si la dot est une dot réceptice, et que le constituant agisse *ex stipulatu*.

[5] Esmein, *la Manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain. Mélanges d'histoire du droit et de critique*, 1886, pp. 27 et sqq. Voy. déjà Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, 1870, p. 248, n. 2.

par les recherches de Mr Zanzucchi[1]. Il nous suffira de transcrire ici quelques lignes d'Esmein[2], commentant le texte de Paul que nous avons rapporté plus haut (*Dig.*, 25, 2, fr. 1), et qui expose les motifs de l'introduction de l'action *rerum amotarum*. « Ces motifs, appliqués à la situation de la femme dans le mariage libre, ne sont plus que des considérations morales. Appliqués au contraire à celle de la femme *in manu*, ils reprennent leur précision juridique. Tous convenaient que l'action *furti* ne pouvait être intentée contre la femme. L'épouse dont il s'agit ne peut voler son mari, disaient Nerva et Cassius, car elle est en quelque sorte copropriétaire des biens de son époux : cela ne convient-il pas à merveille à la femme *in manu*, *heres sua* de son mari ? D'autres jurisconsultes, Sabinus, Proculus, Julien, comparaient cette épouse à une *filiafamilias* : elle peut bien, disaient-ils, voler son conjoint, comme la *filiafamilias* peut voler son père, mais l'action *furti* ne naît point contre elle : cela ne s'applique-t-il pas, au pied de la lettre, à la femme *in manu*, qui, pour son mari, est *loco filiae* ? »

Or lorsque la femme mariée qui avait commis le détournement n'était pas tombée sous la *manus* de son mari, mais était demeurée sous la puissance de son *paterfamilias*, l'action *rerum amotarum* n'avait pas lieu de s'appliquer. Rien d'étonnant à ce qu'on en revint aux sanctions ordinaires du *furtum* : le mari devait pouvoir intenter l'action *furti* et la *condictio ex causa furtiva* contre sa femme. Nous ignorons quand il a perdu ce droit pour l'action *furti*. Il l'a conservé plus longtemps pour la *condictio ex causa furtiva*, puisqu'il l'exerce encore, au temps de Mela et de Fulcinius, et même au temps de Paul, lorsque la femme est *alieni iuris*. Ce n'est qu'au Bas Empire que cette survivance a disparu, et que le nom[3] de l'action *rerum amotarum* a remplacé celui de la *condictio ex causa furtiva*, dans

[1] Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose...*, *l. c.*, pp. 71 et sqq.

[2] Esmein, *l. c.*, pp. 28-29.

[3] Il pourrait n'y avoir là qu'un changement de nom. Mais nous ne prenons pas parti sur cette question, qui ne se relie pas directement à notre texte. Sur la formule de Gaius (*l. IV ad edictum provinciale*, *Dig.*, 25, 2, fr. 26) : Rerum amotarum actio condictio est, voy. Baron, *Condictionen*, pp. 260 et sqq., Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 760, 3 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 66, 2) ; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 1180 ; Lenel, *Edit perpétuel*, II, pp. 26-27 ; *Lécrivain*[2], p. 299 ; Zanzucchi, *il Divieto*, *l. c.*, pp. 33 et sqq. ; Sieber, *Passivlegitimation*, p. 181. Cf. Pampaloni, *Sopra alcune azioni...*, *l. c.*, pp. 157 et sqq.

les dernières applications que celle-ci avait conservées dans le mariage libre.

Un dernier point de notre hypothèse appelle un éclaircissement. A partir du temps de Sabinus la *condictio ex causa furtiva* peut s'intenter contre le *filius familias* en personne à raison des *furta* par lui commis : *Ex furtiva causa filio familias condici potest* [1]. Pourquoi cette règle ne s'est-elle pas étendue au cas de la *filia familias* qui a détourné *divortii causa* des biens du mari? Le motif est assez simple. La *condictio ex causa furtiva* joue ici le rôle d'une action contraire de l'action *rei uxoriae;* on ne l'accorde que contre le demandeur à l'action *rei uxoriae*. Or, lorsque l'*uxor* est une *filia familias*, c'est son père, ce n'est pas elle, qui peut intenter l'action *rei uxoriae* [2].

9

Un autre passage atteste, comme le faisait déjà celui que nous venons d'analyser, que Mela basait encore la *condictio ex causa furtiva* sur les principes admis par les *veteres* et par Labéon.

Paul *(l. XXXII ad edictum) :*

Fugitivus meus cum apud furem esset, pecuniam adquisiit et ex ea servos paravit eosque Titius per traditionem [3] a venditore accepit. Mela ait mandati actione me consecuturum, ut restituat mihi Titius, quia servus meus mandasse Titio videbatur, ut per traditionem [3] acciperet, si modo rogatu servi hoc fecerit : quod si sine voluntate eius venditor Titio tradiderit [4], tunc posse me ex empto agere, ut mihi eos venditor traderet [5], venditoremque per condictionem a Titio repetiturum, si servos tradiderit [4] Titio quos non debuerit, cum debere se existimaret [6].

Ce fragment n'échappe pas, quoi qu'on dise [7], à toute suspicion d'interpolation. En dehors de l'intervention avérée des compilateurs pour substituer la mention de la tradition à celle de la mancipation,

[1] *Supra*, p. 598.

[2] Jusqu'au temps de Justinien *(Code*, 5, 13, const. 1, 13 *c)*.

[3] Au lieu de *per traditionem*, Paul avait écrit *mancipio*.

[4] Au lieu de *tradiderit*, Paul avait écrit *mancipaverit*.

[5] Au lieu de *traderet*, Paul avait écrit *manciparet*.

[6] *Dig.*, 17, 1, fr. 22, 9. Lenel, *Paling.*, I, c. 693, n° 11 ; c. 1029, n° 487 ; Bremer, II, 1, p. 296. *Basil.*, 14, 1, 22, 9.

[7] Cf. Von Mayr, *Die Condictio*, p. 123.

nous signalerons : 1° l'intrusion du personnage dénommé Titius, dont rien ne précise le caractère ni le rôle, au milieu de personnages désignés, sans noms propres, par leur seule qualité juridique (*fugitivus; fur; venditor;* etc.); 2° l'omission du régime dans les propositions *ut restituat mihi Titius...*, *ut per traditionem acciperet...*, et *si venditor Titio tradiderit...*, omission que souligne la réapparition de *eos* un peu plus loin; 3° l'emploi de l'indicatif *videbatur* après *quia* dans une proposition subordonnée dépendant de *Mela ait*[1]; 4° le contraste, en la forme, de la proposition *posse me ex empto agere* avec les deux propositions qui l'encadrent (*me consecuturum; venditorem... repetiturum*) et qui sont également gouvernées par *Mela ait;* 5° le singulier emploi des formes conditionnelles *si modo rogatu servi hoc fecerit*[2] et *si servos tradiderit Titio quos non debuerit*, pour exprimer des éléments substantiels de l'action *mandati* et de la *condictio indebiti*. Dans l'ensemble, on est réduit aux conjectures pour démêler ce qui provient de Mela et ce qui provient d'autres auteurs.

Prenons cependant le fragment tel quel. L'espèce est la suivante.

L'esclave Stichus s'est sauvé de chez son maître, Secundus, et se trouve aux mains d'un voleur. Depuis son escapade, il a gagné quelque argent, et, avec cet argent, il a acquis des esclaves (*servi vicarii*). Le marchand qui lui a vendu lesdits esclaves les a mancipés à un nommé Titius. Qui est Titius? Deux interprétations sont possibles.

A. On peut supposer que Titius est le détenteur du fugitif, le même qu'on désignait précédemment sous le nom de *fur*. Le texte le présente en effet comme si nous le connaissions. Mais pourquoi le même personnage porterait-il d'abord le nom générique de *fur*, puis le nom propre de Titius? Probablement parce que le texte aurait été remanié. On en devinerait la raison. Dans le droit en vigueur au temps de Mela, et même au temps de Sabinus, on commet un *furtum* (mais évidemment un *furtum improprium*[3]) en recevant chez soi un esclave fugitif[4]. Dès lors, quand Mela dit : *Fugitivus meus cum*

[1] Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*, pp. 327-328.

[2] Remarquons aussi la permutation des sujets : *quia servus meus mandasse Titio videbatur... si modo rogatu servi hoc fecerit*, se *venditori*, à peine masquée par l'intercalation de l'incidente *ut per traditionem acciperet*.

[3] Puisque l'esclave est le seul artisan de sa fuite, il n'est pas *subreptus*.

[4] *Supra*, p. 508.

apud Titium esset..., on sait que Titius était un *fur*. Mais plus tard, à partir du temps d'Ulpien, — ou même seulement à partir du temps de Justinien, — on ne commet plus de *furtum* si l'on se borne à recevoir *(recipere)* un fugitif sans le cacher *(celare*[1]*)*. Voilà donc une cause d'équivoque dans l'énoncé formulé par Mela. Pour l'éliminer, un jurisconsulte postérieur aurait employé un moyen simple, — simpliste même, — et aurait changé *Titium* en *furem*, ne s'avisant pas qu'on pouvait hésiter à reconnaître que Titius est le nom du *fur*. La modification proviendrait à la rigueur de Paul, mais plutôt des compilateurs.

B. On peut supposer, inversement, que Titius est un tiers quelconque, qui ne détient pas le fugitif. Il serait contradictoire[2] de supposer que Titius, n'étant pas le *fur* précédemment désigné, détient cependant le *servus fugitivus*. Car le texte spécifie que c'est tandis qu'il se trouvait *apud furem* que le fugitif a acheté les *vicarii*.

A laquelle de ces deux interprétations donner la préférence ? Certainement à la première, qui seule attribue au texte un sens acceptable. Avec la seconde, la question des rapports entre le fugitif et Titius devient une énigme que les données fournies par le texte ne permettent pas de résoudre. Remarquons que les Basiliques, nous rapportant côte à côte les deux interprétations[3], nous laissent toute

[1] *Basil.*, 14, 1, 22, 9, sch. 11 (Stéphane). *Infra*, c. xvi, § 22. Cf. Desjardins, *Traité du vol*, p. 87.

[2] Cette hypothèse contradictoire est cependant admise par Mr Pflueger *(Cicero's Rede pro Roscio Comoedo*, p. 85), peut-être aussi par Mr Von Koschembahr-Lyskowski, II, p. 233. Mr Pflueger suppose que Titius est un possesseur de bonne foi du *fugitivus*.

[3] La première interprétation est donnée par une scholie de Cyrille sur notre texte *(Basil.*, 14, 1, 22, 9, sch. 10. Heimbach, II, p. 103) : Ὁ φυγάς μου δοῦλος, παρὰ τῷ κλέπτῃ ὤν, ἠγόρασε δοῦλον. Οὗτος παρεδόθη τῷ κλέπτῃ · εἰ μὲν μανδάτῳ τοῦ φυγάδος, κινῶ μανδάτην · εἰ δὲ μή, κινῶ ἐξ ἔμπτο κατὰ τοῦ πράτου. κἀκεῖνος κατὰ τοῦ κλέπτου ἐνδέδιτον κονδικτίκιον. La seconde est donnée par une scholie de Théophile (Heimbach, II, p. 102) : Τὸν ἐμὸν οἰκέτην φυγάδα γενόμενον εἰδὼς ὑπεδέξατο Πρῖμος, ὥστε αὐτὸν κλοπὴν ἁμαρτάνειν ἐπὶ τῷ οἰκέτῃ. Εὑπορήσας ποθὲν χρημάτων ὁ οἰκέτης ἠγόρασεν οἰκέτας. Τοὺς οἰκέτας τούτους Τιτίῳ παρέδωκεν ὁ πράτης. Κινήσω κατὰ Τιτίου τὴν μανδάτι, ὥ· φησιν ὁ Μάρκελλος, ἐπὶ τῷ ἀποκαταστῆσαί μοι τοὺς οἰκέτας. Δοκεῖ γὰρ κατὰ μανδάτον τοῦ φυγάδος εἰληφέναι τούτους ὁ Τίτιος. Εἰ δὲ παρὰ γνώμην τοῦ ἐμοῦ οἰκέτου ὁ πράτης τοὺς οἰκέτας ἐτραδίτευσε τῷ Τιτίῳ, τότε ὁ πράτης ἐναχθήσεται τῇ προσπορισθείσῃ μοι ἐξ ἔμπτο προφάσει τῶν οἰκετῶν · αὐτὸς δὲ κινήσει κατὰ Τιτίου τὸν κονδικτίκιον ἐπὶ ῥεπετιτίονι τῶν ἀνδραποδων, ἅτινα δέδωκε τῷ Τιτίῳ, ὑποπτεύσας τυχὸν αὐτὸν εἶναι δεσπότην.

latitude pour nous décider librement. Nous admettrons donc que Titius et le *fur* qui détient le fugitif Stichus ne font qu'un.

La question posée est celle de savoir si Secundus pourra se faire restituer les *vicarii*, et comment il le pourra.

Mela répond qu'il le pourra, soit directement, par l'action de mandat dirigée contre Titius, soit indirectement, par l'action de vente dirigée contre le marchand. Reprenons les deux termes de cette alternative :

1° Secundus se servira de l'action de mandat toutes les fois que Stichus est d'accord avec Titius pour que celui-ci reçoive les *vicarii*. Stichus joue alors le rôle de mandant, et acquiert à son maître, Secundus, l'action *mandati directa* contre le mandataire Titius, pour l'obliger à restituer ce qu'il a reçu pour son compte[1].

2° Lorsque Titius a reçu les *vicarii* sans entente préalable avec Stichus, l'action *mandati* n'est plus de mise. Mais Secundus, comme maître de l'esclave acheteur, a du moins contre le marchand l'action *empti*, pour lui demander l'exécution de la vente, et par conséquent, le transfert des *vicarii* vendus. Le marchand se fera restituer ceux-ci par Titius au moyen d'une *condictio indebiti*, s'il les lui a prestés par erreur[2], car il ne les lui devait pas. Notre texte serait donc un des premiers qui se référeraient à la *condictio indebiti*[3].

10

Pour apprécier la portée de ce texte, il convient de le rapprocher de deux fragments géminés nous rapportant un même témoignage de Sabinus. Ces deux fragments sont de Julien et de Paul.

Julien *(l. XV Digestorum)* :

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi; is ex peculio, quod

[1] Mais remarquons que ce résultat de l'action *mandati* est escompté en une forme quelque peu insolite : mandati actione me consecuturum, ut restituat mihi Titius. Sur cette forme d'expression indirecte (=*indirekte Ausdrucksweise*), voy. Von Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 199 et sqq., [illegible] p. 203, 3.

[2] Les mots *cum debere se existimaret* lui enlèvent tout recours s'il les a prestés en sachant qu'il ne les devait pas : on dit que, dans ce cas, il n'est pas intéressant.

[3] En ce sens Von Mayr, pp. 122-123; Von Koschembahr-Lyskowski, I, p. 85, 5.

ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est[1]. Posse te eum hominem mihi condicere Sabinus dixit, sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum de peculio. Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum[2].

Paul *(l. XVII ad Plautium)* :

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi : is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est[1]. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere : sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. Et hoc verum est : nam et Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori. Quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat : si consumpti sint, actio de peculio evanescit. Sed adicere debuit Iulianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. Idem dici debet[3], si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim[4].

Les deux fragments sont identiques dans leurs parties initiales *(Servum tuum... traditus est)*. Mais des différences s'affirment par la suite :

Julien :	Paul :
Posse te eum hominem mihi condicere Sabinus dixit, sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum de peculio. Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum.	Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere; sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. Et hoc verum est :
	Nam et Iulianus ait...

[1] *Mancipio datus est?* Mr Beseler (*Beiträge*, III, p. 182) propose *mancipatus et traditus est.*

[2] *Dig.*, 19, 1, fr. 24, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 361, n° 253; Bremer, II, 1, p. 527.

[3] Le texte est mutilé. Mommsen propose la restitution suivante : *Item adici debet absolvi me* (c'est-à-dire le vendeur du *servus vicarius*). Mr Beseler élimine toute la phrase *Item dici... paratus sim (Beiträge*, III, p. 182).

[4] *Dig.*, 12, 1, fr. 31, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 1175, n° 1235. *Basil.*, 23, 1, 31, 1, et sch. 2-16.

L'hypothèse est la suivante :

L'esclave Stichus appartient, avec son pécule, à Secundus. Un voleur s'approprie Stichus, et le vend à Primus, qui ignore le vol. Stichus achète au marchand Tertius un *servus vicarius*, et le paye avec des valeurs du pécule. Tertius en fait tradition à Primus. On demande quels moyens Secundus a de se faire remettre le *vicarius* ou de s'indemniser du détriment subi par le pécule?

Deux solutions ressortent de nos *leges geminatae :*

1° L'une est due à Sabinus, suivi par Cassius. Elle accorde à Secundus une *condictio* contre Primus pour se faire remettre le *vicarius*.

2° L'autre est due à Julien. Elle n'accorde à Secundus qu'une action *empti* contre le vendeur, pour en obtenir le *vicarius* vendu à son esclave. Elle écarte, par contre, la *condictio* de Secundus contre Primus. Julien ne parle que d'une *condictio* du marchand contre Primus[1].

Ces deux solutions sont incompatibles, quoi qu'on ait dit[2]. Leur incompatibilité a conduit Mr Lenel[3] à admettre que nos textes sont interpolés. Dans l'un (19, 1, fr. 24, 1), les mots *in qua ego quoque sum* ont sans doute été ajoutés par les compilateurs[4]; dans l'autre (12, 1, fr. 31, 1), les mots *Et hoc verum est : nam et* ont été substitués par eux à une autre transition exprimant l'opposition de Julien à la doctrine précédemment énoncée (p. ex. : sed Iulianus ait.....)

C'est une entreprise hasardeuse que de rechercher ce qu'avait décidé Sabinus. La partie du texte qui énonce l'hypothèse par lui examinée et sa solution a été certainement remaniée. La preuve en est fournie au moins sur un point par la comparaison des deux textes de Julien et de Paul : le premier mentionne une action *de*

[1] Cette *condictio* est-elle, comme le croit M. Von Mayr, *Die Condictio*, p. 416, une *condictio ex causa furtiva*, ou, comme le pense M. Von Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 228-229, une *condictio indebiti?* Nous n'avons pas à prendre parti sur cette question, qui ne s'agite que pour le temps de Julien. Cf. Salkowski, *Sklavenerwerb*, p. 203, 11.

[2] Koschembahr-Lyskowski, II, p. 229.

[3] Lenel, *Paling.*, I, c. 361, n° 2; c. 1175, n° 1235, suivi par M. Krueger dans son édition du *Digeste*, et par M. Pfleger, *Ciceros Rede...*, p. 83.

[4] Cf. Von Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 227-228. Voy. aussi Beseler, *Beiträge*, III, p. 179.

peculio là où le second mentionne une action non définie[1]. Il faut qu'un des deux textes ait subi une retouche, opérée soit par les compilateurs de Justinien, soit (si c'est le second) par Paul. Mais entre Paul et Sabinus, il y a encore plusieurs intermédiaires : il y a au moins Cassius et Julien, qui ont pu, ce dernier surtout, modifier le texte original. Une addition, due probablement à Julien, saute immédiatement aux yeux : celle des mots *bona fide* (= imprudens a fure bona fide emi). Au temps de Sabinus, *imprudens* équivaut sensiblement à *insciens*, *ignorans*, et n'implique aucune imputation de faute[2]. Les expressions *imprudens* et *bona fide* feraient donc double emploi. Mais, au temps de Julien, *imprudens* commence parfois à se prendre pour *neglegens*[3]. Puisque désormais l'*imprudentia* peut être une faute, l'énoncé de Sabinus prête à l'équivoque. Et voilà pourquoi sans doute Julien y ajoute les mots *bona fide*[4].

Ces remaniements laissent planer une incertitude sur la décision de Sabinus. Qui sait si l'on n'y a pas ajouté — ou supprimé — quelque autre chose?

C'est sous le bénéfice des réserves ainsi formulées que nous allons comparer les témoignages de Mela et de Sabinus. Une sorte de tableau synoptique nous en fournira les moyens.

Mela (cité par Paul).	Sabinus (cité par Julien, cité lui-même par Paul).
—	—
Stichus est chez Titius, voleur ;	Stichus est chez Primus, possesseur *imprudens*, qui l'a acquis d'un voleur ;

[1] Voy. la façon dont Mr Von Koschembahr-Lyskowski explique la disparition des mots *de peculio* dans le texte de Paul (*Op. cit.*, II, p. 231, 3).

[2] La démonstration est faite par Pernice, *Labeo*, II, 2, 1², pp. 9-11. *Adde*, pour la langue de Labéon, un texte de Javolenus, *l. VI ex posterioribus Labeonis. Dig.*, 24, 3, fr. 66, 4 : Mulier quae centum dotis apud virum habebat, divortio facto ducenta a viro errante stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantam deberi, sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens. Particulièrement significatif, mais pour une époque plus récente, est un témoignage de Paul., *l. II ad Neratium. Dig.*, 3, 5, fr. 18, 3.

[3] Voy. les textes cités par Pernice, *Labeo*, II, 2, 1², p. 9, 1, et par Heumann-Seckel, *Handlexikon*⁹, p. 252, V° Imprudens, 3, — spécialement le texte de Julien, *l. X Digestorum. Dig.*, 12, 6, fr. 32, 1 : Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit...

[4] Cf. Iulian., *l. III ex Minicio. Dig.*, 41, 1, fr. 39 : Etiam furtivus servus bonae fidei emptori adquirit...

Stichus a acheté des *vicarii* et les a payés avec de l'argent acquis depuis le vol ;

Le marchand a transféré les *vicarii* au voleur ;

Secundus peut intenter :

1° L'action de mandat contre Titius si Stichus a donné mandat à ce dernier de recevoir les *vicarii ;*

2° L'action *empti* contre le marchand, celui-ci pouvant de son côté, intenter la *condictio indebiti* contre Titius.

Stichus a acheté un *vicarius* et l'a payé avec de l'argent d'un pécule constitué antérieurement au vol ;

Le marchand a transféré le *vicarius* au possesseur *imprudens ;*

Secundus peut intenter :

La *condictio* contre le possesseur de bonne foi ;

Ou plutôt (*Rectification de* JULIEN) : l'action *empti* contre le marchand, celui-ci pouvant, de son côté, intenter la *condictio* contre le possesseur de bonne foi.

Cette comparaison confirme amplement, croyons-nous, les soupçons de remaniement que nous avons élevés contre les deux témoignages.

Notamment, comment expliquer que Mela donnât déjà à Secundus l'action *empti* contre le marchand, alors que Sabinus ne l'admettait pas, et que Julien devait polémiquer contre Sabinus pour l'introduire ? Le fait est d'autant plus surprenant que, si les espèces envisagées par Mela et Sabinus diffèrent à certains égards, ce n'est pas en ce qui concerne les rapports de Stichus et du marchand, d'une part, du marchand et de l'acquéreur des *vicarii*, d'autre part. Aussi croyons-nous que les mentions de l'action *empti* et de la *condictio indebiti* dans le fr. 22, 9 (*Dig.*, 17, 1) n'appartiennent pas à Mela. Elles appartiennent à Paul, ou à quelque auteur intermédiaire entre Mela et Paul, si ce n'est même aux compilateurs.

Mais cette constatation en entraîne une autre. L'action *empti* se donnait pour les cas où le marchand avait agi *sine voluntate Stichi*. Si nous enlevons à Mela cette décision, il faut aussi lui enlever la restriction qui limitait la décision précédente (= *si modo rogatu servi hoc fecerit*). Grâce à cette double amputation, nous éliminons les parties du texte qui suggéraient, au point de vue du style, le plus d'objections.

Le résidu de ce travail de restitution est le suivant :

Fugitivus meus cum apud Titium esset, pecuniam adquisiit et ex ea servos paravit eosque Titius (= mancipio) a venditore accepit.

Mela ait mandati actione me consecuturum, ut restituat mihi Titius < servos >[1], quia servus meus mandasse Titio videbatur [2], ut < mancipio > acciperet.

Le mandat qui fonde l'action *mandati* contre Titius est donc un mandat tacite *(mandasse videbatur)*; il se présume, eu égard aux rapports existant entre Stichus et Titius [3].

11

L'opposition entre les deux solutions de Mela et de Sabinus paraît donc se ramener à ceci : Mela ne donnait à Secundus qu'une action *mandati* contre le détenteur de Stichus; Sabinus au contraire ne lui donnait qu'une *condictio*.

A priori cette opposition peut s'expliquer : 1° Logiquement : les deux hypothèses ne sont pas identiques Pour Mela, le détenteur de Stichus est un voleur, mais Stichus n'a pas acquis les *vicarii* avec l'argent de son *dominus*; inversement, pour Sabinus, le détenteur de Stichus est un acquéreur de bonne foi, mais Stichus a acquis le *vicarius ex re domini*. 2° Historiquement : les notions juridiques en cause ont pu se transformer de Mela à Sabinus. Peut-être d'ailleurs l'explication logique et l'explication historique se combinent-elles en quelque mesure. Mais comment nous décider ?

Une donnée essentielle pour y parvenir serait de savoir à qui appartiennent les *vicarii* acquis par Stichus. Est-ce au détenteur de Stichus ? Est-ce au *dominus* de Stichus?

Examinons cette question telle qu'elle se posait pour Mela, puis telle qu'elle se posait pour Sabinus.

I. Pour Mela. — L'esclave fugitif acquiert pour le maître qui le possède, que ce maître soit de bonne ou de mauvaise foi. Si le fugitif travaille régulièrement, correctement, s'il figure normalement,

[1] Restitution de Mommsen.

[2] Nous supposons que l'emploi de l'indicatif s'explique ici, non par une interpolation, mais par une transposition maladroite au style indirect de l'argumentation de Mela.

[3] Sur le mandat tacite, voy. notamment *Dig.*, 17, 3, fr. 6, 2; fr. 18; fr. 53; 50, 17, fr. 60 : Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur; sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.

aux yeux du public, dans le personnel domestique de ce maître, il est *bona fide serviens* : Pernice a prouvé parfaitement que les mots *bona fide* se rapportent alors, non pas à une condition subjective, mais à une condition objective de la détention[1] ; ils désignent, non une croyance erronée de l'esclave putatif ou du pseudo-maître, mais une croyance erronée du public. L'esclave volé acquiert même pour le voleur. Il n'y a pas trace, avant Sabinus, d'une réaction quelconque contre cette application des principes en vigueur[2]. La seule condition requise paraît être que l'esclave ait acquis *ex re eius cui servit* ou *ex operis suis*[3]. Tel est bien ici le cas. Stichus a gagné de l'argent alors qu'il était chez le voleur; cet argent gagné *ex operis* est devenu la propriété du voleur. Stichus a donc acquis les *vicarii ex re eius cui servit*. Titius est devenu propriétaire desdits *vicarii*, qui lui ont été mancipés.

II. Pour Sabinus. C'est Sabinus qui a amorcé le mouvement doctrinal par lequel s'est transformée la théorie du *bona fide serviens*. Il a enlevé au *fur* la faculté d'acquérir par l'entremise du *servus furtivus*. Sans doute le fait d'acquérir de mauvaise foi une chose volée passe-t-il aussi pour un *furtum*[4], de sorte que le *servus furtivus* ne rend pas non plus propriétaire l'acquéreur de mauvaise foi. Mais, dans l'espèce envisagée par Sabinus, l'acquéreur Primus était de bonne foi *(imprudens)*. Il aurait donc pu devenir propriétaire du *vicarius*, si Stichus avait payé son acquisition *ex re eius cui serviebat*. Le principe est encore posé dans les termes les plus nets par Julien *(l. III ex Minicio)* :

[1] Pernice, *Labeo*, II. 1², p. 374, 1, cite, à ce propos, un texte particulièrement significatif : *Dig.*, 40, 12, fr. 12, 1 : Infans subreptus *bona fide in servitute fuit...*

[2] *Infra*, c. XVI, § 9.

[3] Pernice a posé la question de savoir si la règle d'après laquelle le *bona fide serviens* acquiert pour son pseudo-maître *ex re eius* n'est pas antérieure à la règle d'après laquelle il acquiert pour ce même pseudo-maître *ex operis suis*. Il a conclu affirmativement *(Labeo*, II, 1², p. 370, 2); mais ses conclusions ont été combattues par Czyhlarz, *Die Eigenthumserwerbsarten*, I, p. 529, 1, et par Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, Leipzig, 1891, pp. 116 et sqq ; 117, 5; 138 et sqq. Les deux règles reposent pareillement sur l'idée d'une subrogation réelle, très apparente pour la première, et plausible encore pour la seconde, si l'on remarque que les *operae* fournies par l'esclave sont la contre-partie des frais de nourriture, d'entretien, de logement, et des soins de toute sorte fournis par le maître.

[4] Cela était déjà admis, nous le savons, par Alfenus Varus. *Supra*, p. 596.

Etiam furtivus servus bonae fidei emptori adquirit quod ex re eius stipulatur aut per traditionem[1] accipit[2].

Mais Stichus avait acquis le *vicarius ex re peculii*, aux frais de ce pécule qui appartenait à Secundus. Le texte insiste sur ce point : *ex peculio quod ad te pertinebat*. La tradition signalée par le texte n'a aucune influence sur la question d'attribution de la propriété[3]. Primus n'était donc pas propriétaire du *vicarius*.

Résumons les éléments du débat, tels qu'ils apparaissent au point où nous sommes parvenus. Contre Titius, propriétaire de ce qu'a acquis Stichus, Mela ne donne au *dominus* de Stichus qu'une action *mandati;* contre Primus, simple possesseur de ce qu'a acquis Stichus, Sabinus ne donne au *dominus* de Stichus qu'une *condictio*. Aucun

[1] Comme le note Mr P. Krueger, Julien avait probablement écrit : *aut mancipio accipit*.

[2] *Dig.*, 41, 1, fr. 39. Les mots *ex re eius* se rattachent aussi bien à *accipit* qu'à *stipulatur*. On ne saurait donc invoquer ce texte pour prétendre que le *bonae fidei possessor* est devenu propriétaire de ce que le *servus furtivus* a acquis par tradition (ou par mancipation) *ex re peculii, quod ad dominum pertinebat*. Voy. aussi la schol. 3 (*Basil.*, 23, 1, 31, 1). Heimbach, II, p. 624.

[3] Signalons en passant la difficulté soulevée par Mr Pflueger. Celui-ci, fidèle à sa théorie, qui fonde toute *condictio* sur une *datio*, croit qu'il y a eu effectivement dans notre cas une *datio* effectuée par le demandeur à la *condictio* (Secundus) au profit du défendeur (Primus). Cette *datio* résulterait d'une tradition *brevi manu* servant à réaliser une délégation. Stichus aurait invité le marchand à remettre le *vicarius* à Primus, et tout se serait passé comme si le marchand avait livré le *vicarius* à Stichus, et que Stichus l'eût livré ensuite à Primus. Cette dernière tradition, effectuée en vertu d'une *iusta causa*, était susceptible de transférer la propriété prétorienne. Mr Pflueger s'appuie sur notre témoignage de Mela (*Dig.*, 17, 1, fr. 22, 9), qui rendrait vraisemblable, croit-il, l'idée d'un mandat donné par Stichus pour l'exécution de la vente par lui conclue. Il s'appuie aussi sur un témoignage de Paul, étroitement apparenté au fragment 31, 1 (*Dig.*, 12, 1), et tiré, comme lui, du livre XVII *ad Plautium* (*Dig.*, 15, 1, fr. 48, pr. et 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 1175, n° 1236 et n. 3 : Libera peculii administratio non permanet neque in fugitivo neque in subrepto neque in eo de quo nesciat quis, vivat an mortuus sit. Cui peculii administratio data est, delegare debitorem suum potest), duquel il résulterait que Paul examinait la validité de la délégation faite par l'esclave, à propos de l'ordre d'idées qu'agitait notre texte. Paul exige, il est vrai, que l'esclave ait la *libera administratio* de son pécule pour pouvoir déléguer, et il refuse la *libera administratio* à l'esclave fugitif, soustrait, ou absent. Mais, dit Mr Pflueger (pp. 85-86), c'est là un principe récent (Pernice, *Labeo*, I, pp. 134-135, notamment p. 135, 82), sur lequel Julien se fonde pour écarter la *condictio*, mais auquel Sabinus ne pouvait encore penser : pour Sabinus, l'esclave fugitif, soustrait, ou absent, dispose sans restriction de son pécule. — Nous nous bornerons à renvoyer, pour la discussion de cet intéressant système, à Mr Von Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 230-233.

indice ne nous permet de supposer que des coupures aient été pratiquées dans l'un ou l'autre de nos témoignages, et de croire que Mela songeât aussi à la *condictio*, et Sabinus à l'action *mandati*. Bien plutôt, Mela proposait l'action *mandati* comme un expédient remplaçant une *condictio* défaillante, tandis que Sabinus écartait cet expédient insuffisant, pour accorder, dans des conditions nouvelles, la *condictio*. Pourquoi donc Mela ne donnait-il pas la *condictio* contre Titius ?

Ce n'est pas, nous le savons, parce que Titius est propriétaire des *vicarii*. La *condictio ex causa furtiva* se donne encore contre un propriétaire. Ainsi la *condictio ex causa furtiva* que Secundus peut intenter contre Titius pour se faire restituer Stichus s'intente contre un propriétaire, puisque Titius, en recevant Stichus, a commis un *furtum improprium*. Mais cette *condictio* ne comprend que ce qui fait partie intégrante de la chose furtive, ou ce qui s'y rattache immédiatement à titre d'accessoire[1]. Les *vicarii* ne font pas partie de la chose furtive (Stichus). Ils n'en sont pas non plus des accessoires, parce qu'ils ont été acquis *ex re eius cui Stichus serviebat*. Pour le même motif, et à plus forte raison, l'acquisition qu'en a faite Titius n'est pas un *furtum*. Ni comme accessoires, ni à titre principal, ils ne peuvent donc faire l'objet d'une *condictio ex causa furtiva*. C'est pourquoi, en désespoir de cause, Fabius Mela se rabat sur l'action *mandati*.

Mais Sabinus n'envisage pas l'expédient de l'action *mandati*, sans doute parce que cet expédient repose sur une présomption que les faits peuvent démentir. Il donne une *condictio*, qui n'est pas l'ancienne *condictio ex causa furtiva*[2], puisqu'elle fonctionne au profit d'un propriétaire contre un possesseur[3]. Si c'est une *condictio*

[1] Voy. Von Koschembahr-Lyskowski, II, pp. 84; 214; 337.

Voy. pourtant ce que dit M. Von Mayr, *Condictio*, p. 416 : « Es kann die *condictio* auch mer als die selbst gegenüber dem gutgläubigen Singularsuccessor wie gegenüber dem Erben des Diebes fortwirkende *condictio furtiva* angesehen werden ». Comme on le voit, M. Von Mayr n'est pas très affirmatif. L'idée d'une *condictio ex causa furtiva* donnée contre un successeur à titre particulier du voleur manque d'ailleurs de tout appui dans les textes.

[2] On voit par où nous nous séparons de Pernice (*Labeo*, III, 218, n. 4) et de M. Von Koschembahr-Lyskowski (II, p. 228), qui admettent aussi qu'il s'agit ici d'une *condictio ex iniusta causa*, mais qui ne spécifient pas que cette *condictio* ne se donne pas contre un *dominus*. M. Von Koschembahr-Lyskowski croit même que le défendeur à la *condictio* (Primus) était propriétaire du *vicarius* (II, p. 227).

ex causa furtiva, c'est une *condictio ex causa furtiva* nouvelle, dans laquelle nous discernons l'influence de la *condictio ex iniusta causa* que Sabinus a empruntée à un parti des *veteres :* Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici[1]. Secundus était bien propriétaire du *vicarius* acquis à ses frais par son esclave. Mais Primus était bien possesseur de ce *vicarius* qui lui avait été livré[2]. Quant à la *causa* de la possession de Primus, elle pouvait se dire *iniusta*, malgré la bonne foi du possesseur, parce que l'instrument d'acquisition était un esclave volé[3].

[1] *Dig.*, 12, 5, fr. 6. *Supra*, p. 342.

[2] C'est là, à notre sens, l'intérêt des mots *qui mihi traditus est*. Cf. Von Koschembahr-Lyskowski, II, p. 227, 2.

[3] Peu importe à cet égard désormais que l'esclave ait fait l'objet d'un *furtum improprium* ou d'un *furtum proprium :* Sabinus ayant assimilé toutes les *res furtivae* aux *res subreptae*, les unes et les autres tombent également sous le coup de la loi Atinia.

CHAPITRE XVI

MASURIUS SABINUS

§ 1. Le traité *De furtis*. — § 2. Les *Libri iuris civilis*. — § 3. Récapitulation des témoignages de Sabinus précédemment analysés. — § 4. Les témoignages sur les actions *furti concepti* et *oblati* au triple, *furti manifesti* au quadruple. — § 5. La définition sabinienne du *furtum manifestum*. — § 6. Sources de cette définition. — § 7. Assimilation par Sabinus des *res furtivae* aux *res subreptae*. *Dig.*, 47, 2, fr. 33. — § 8. *Dig.*, 13, 7, fr. 4. — § 9. Vol portant sur un esclave. *Dig.*, 45, 3, fr. 14. — § 10. L'action *furti* et la *condictio ex causa furtiva* contre le fils de famille. — § 11. Application de la règle *Furtum fit possessionis*. *Dig.*, 13, 7, fr. 36. — § 12. La formule sabinienne sur la notion de *furtum*, et ses éléments. — § 13. A. L'*attrectatio*. Le *furtum sola mente*. Le vol commis par l'esclave sur l'ordre du maître. — § 14. Exclusion de la complicité par le défaut d'*attrectatio* principale. — § 15. Le *furtum* commis par le fils ou l'esclave aux dépens du père ou du maître. *Dig.*, 47, 2, fr. 36, 1 et 2. — § 16. Applications : *Dig.*, 47, 2, fr. 36, 3. — 17. *Dig.*, 47, 2, fr. 17, 2. — § 18. Interpolation des textes relatifs à la complicité par recel. — § 19. B. La *res aliena*. Vol portant sur une chose indivise. — § 20. Vol portant sur une chose sans maître. — § 21. C. Le défaut de consentement du *dominus*. L'étymologie sabinienne du mot *furtum*. — § 22. Les mots *cum id se invito domino facere iudicare deberet* et la terminologie de la loi Fabia sur le *plagium*. — § 23. *Dig.*, 16, 3, fr. 11. — § 24. Témoignages sur la légitimation active de l'action *furti*. — § 25. Cas de l'usufruitier. *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 1, et 7, 9, fr. 5, 1. — § 26. *Dig.*, 47, 2, fr. 54, 1. — § 27. Détermination de l'intérêt qui sert de base à la condamnation *furti*. — § 28. Témoignages relatifs au caractère pénal de l'action *furti*. — § 29. L'action *furti* noxale et l'édit *Si familia furtum fecisse dicetur*. — § 30. Extinction de l'action *furti* par un simple pacte. — § 31. Survivance de l'action *furti* à la *capitis deminutio* du délinquant. — § 32. Conclusion.

Aucun auteur n'a exercé sur la doctrine du *furtum* une influence comparable à celle de Masurius Sabinus. Un fait extérieur fournit en quelque sorte la preuve et la mesure de cette influence : c'est l'abondance des témoignages relatifs à la matière qui proviennent directement ou indirectement de notre auteur. Sur les 93 fragments dont se compose le titre du Digeste *De furtis* (XLVII, 2), il n'y en a pas moins de 45, et les plus considérables par leur développement et leur portée théorique, qui sont extraits de *Libri ad Sabinum*. 21 sont tirés du commentaire d'Ulpien[1], 20 de celui de Paul[2], et 4

[1] Fragments 3, 5, 7, 10, 12, 14, 17, 19, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 36, 39, 41, 43, 45, 46, 48.
[2] Fragments 4, 6, 11, 13, 15, 16, 18, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 38, 40, 42, 47.

de celui de Pomponius[1]. Il est donc certain que les *Libri iuris civilis* de Sabinus s'occupaient largement du *furtum*, et qu'ils ont servi de base aux principaux travaux ultérieurs consacrés au sujet. Nous savons, d'autre part, par le témoignage d'Aulu-Gelle, que Masurius Sabinus avait écrit une monographie *De furtis*, la seule qu'on rencontre dans toute l'histoire du droit romain. Ces productions de Mas. Sabinus nous suggèrent deux questions : 1° Qu'était-ce que le *De furtis?* Quels rapports y a-t-il entre ce traité et les *Libri iuris civilis* ? 2° Comment était composée la partie des *Libri iuris civilis* qui traitait du *furtum* ?

1

I. Le traité *De furtis*. — Nous connaissons déjà plusieurs fragments du chapitre (XI, 18) qu'Aulu-Gelle consacre au très ancien *furtum*, et dans lequel il mentionne le traité *De furtis* de Masurius Sabinus. Il n'est pas inutile de transcrire de nouveau ce chapitre dans son ensemble[2].

1. Draco Atheniensis vir bonus multaque esse prudentia existimatus est iurisque divini et humani peritus fuit. 2. Is Draco leges, quibus Athenienses uterentur, primus omnium tulit. 3. In illis legibus furem cuiusmodicumque furti supplicio capitis poeniendum esse et alia pleraque nimis severe censuit sanxitque. 4. Eius igitur leges, quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto iussoque, set tacito inlitteratoque Atheniensium consensu oblitteratae sunt. 5. Postea legibus aliis mitioribus a Solone compositis usi sunt. Is Solon e septem illis inclutis sapientibus fuit. Is sua lege in fures non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit.

6. Decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. 7. Nam furem, qui manifesto furto[3] prensus esset, tum demum occidi permiserunt si aut, cum faceret furtum, nox

[1] Fragments 9, 35, 37, 44.

[2] Nous suivons l'édition Hosius, II, pp. 21-25.

[3] M. Hosius fait observer justement qu'on attendrait plutôt ici <*in*> *manifesto furto* ou *manifesti furti*.

esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet[1]. 8. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modò id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri[2]. 9. Ea quoque furta, quae *per lancem liciumque* concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt[3].

10. Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine[4] experiri velit, actio in quadruplum datur. 11. Manifestum autem furtum est, ut ait Masurius, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat. 12. Furti concepti, item oblati, tripli poena est[5].

Sed quod sit « oblatum », quod « conceptum » et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. 13. In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum[6]; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset[7]. 14. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset[8].

15. Aliis deinde furtis omnibus, quae « nec manifesta » appellantur, poenam imposuerunt dupli[9]. 16. Id etiam memini legere me in libro Aristonis iureconsulti, hautquaquam indocti viri, aput veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus repe-

[1] *Supra*, pp. 33 et 56.
[2] *Supra*, pp. 56 et sqq.
[3] *Supra*, pp. 41 et sqq.
[4] Ce texte a donc été écrit à une époque où les *fures manifesti* pouvaient être punis *extra ordinem*.
[5] *Supra*, pp. 41 et sqq.
[6] *Supra*, p. 378.
[7] *Supra*, p. 379.
[8] *Supra*, pp. 382-383.
[9] *Supra*, p. 73.

riendis sollertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces furta omnia fuisse licita et inpunita[1].

17. Aput Lacedaemonios quoque, sobrios illos et acres viros, cuius rei non adeo ut Aegyptiis fides longinqua est, non pauci neque ignobiles scriptores, qui de moribus legibusque eorum memorias condiderunt, ius atque usum fuisse furandi dicunt, idque a iuventute eorum non ad turpia lucra neque ad sumptum libidini praebendum comparandamve opulentiam, sed pro exercitio disciplinaque rei bellicae factitatum, quod et furandi sollertia et adsuetudo acueret firmaretque animos adulescentium et ad insidiarum astus et ad vigilandi tolerantiam et ad obrependi celeritatem.

18. Sed enim M. Cato in oratione, quam de praeda militibus dividenda scripsit, vehementibus et inlustribus verbis de inpunitate peculatus atque licentia conqueritur. Ea verba, quoniam nobis inpense placuerant, adscripsimus: « Fures, inquit, privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpura[2] ».

19. Quam caste autem ac religiose a prudentissimis viris, quid esset furtum, definitum sit, praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit. 20. Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: « Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur ». 21. Item alio capite : « Qui alienum tacens[3] lucri faciendi

[1] On comparera ce passage avec un témoignage de Diod., I, 80, 1-2 : Ὑπῆρχε δὲ καὶ περὶ τῶν κλεπτῶν νόμος παρ' Αἰγυπτίοις ἰδιώτατος· ἐκέλευε γὰρ τοὺς βουλομένους ἔχειν ταύτην τὴν ἐργασίαν ἀπογράφεσθαι πρὸς τὸν ἀρχιφῶρα, καὶ τὸ κλαπὲν ὁμολόγως ἀναφέρειν παραχρῆμα πρὸς ἐκεῖνον, τοὺς δὲ ἀπολέσαντας παραπλησίως ἀπογράφειν αὐτῷ καθ' ἕκαστον τῶν ἀπολωλότων, προστιθέντας τόν τε τόπον καὶ τὴν ἡμέραν καὶ τὴν ὥραν καθ' ἣν ἀπώλεσε· τούτῳ δὲ τῷ τρόπῳ πάντων ἑτοίμως εὑρισκομένων, ἔδει τὸν ἀπολέσαντα τὸ τέταρτον μέρος τῆς ἀξίας δόντα κτήσασθαι τὰ ἑαυτοῦ μόνα. Ἀδυνάτου γὰρ ὄντος τοῦ πάντας ἀποστῆσαι τῆς κλοπῆς εὗρε πόρον ὁ νομοθέτης, δι' οὗ πᾶν τὸ ἀπολόμενον σωθήσεται μικρῶν διδομένων λύτρων. Il n'est guère probable que Diodore, bien qu'il ait voyagé en Egypte (Croiset, *Histoire de la littérature grecque*, V, 1899, p. 341), ait connu directement les institutions dont il parle. Il en a probablement emprunté la description à Hécatée d'Abdère (Croiset, V, p. 347). — Peut-être est-ce dans l'œuvre de Diodore, composée à Rome vers l'an 724 (= 30 Croiset, V, p. 340, 1), qu'Ariston avait puisé le développement auquel Aulu-Gelle fait allusion.

[2] *Supra*, pp. 237, 368 et 439.

[3] Cette leçon des manuscrits d'Aulu-Gelle est évidemment erronée. Le témoignage du *Digeste* (47, 2, fr. 43, 4) impose ici la leçon *iacens*. Cf. Huschke-Seckel-Kuebler, I, p. 73, 4.

causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive nescit ».

22. Haec quidem sic in eo, quo nunc dixi, Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causa adtrectatis. 23. Sed meminisse debemus secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque adtrectatione fieri posse sola mente atque animo, ut furtum fiat, adnitente. 24. Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit.

Aulu-Gelle indique lui-même les sources auxquelles il a puisé pour composer ce chapitre. Les auteurs modernes sont d'accord pour admettre qu'il a emprunté tout le début (1-15) au traité *De furtis* de Masurius Sabinus[1]. Il a puisé les paragraphes suivants chez Ariston (16-17), chez Caton l'Ancien (18), et dans le deuxième livre du traité de droit civil de Sabinus (19-24). Insistons d'abord sur ces dernières références.

Le jurisconsulte Ariston[2], à qui Aulu-Gelle emprunte ses renseignements sur la répression du vol en Egypte et à Sparte[3], s'identifie probablement[4] avec Titius Aristo, disciple de Cassius Longinus, et ami de Pline le Jeune. Mommsen a supposé que cet auteur avait publié une édition annotée du *De furtis* de Sabinus[5] : ce serait là qu'Aulu-Gelle aurait pris, non seulement la matière de ses paragraphes 16 et 17, mais encore les passages du *De furtis* transcrits

[1] En ce sens Dirksen, p. 43; p. 45, n. 87; Reske, p. 68; Nettelship, p. 268; Hosius, p. xliv.

[2] Sur Ariston, voy. Mommsen, *Sextus Pomponius* (*Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, VII, 1868), pp. 174 et sqq.; Bremer, II, 2, pp. 359 et sqq.; P. Krueger, *Quellen*², pp. 179-180.

[3] On pourrait hésiter sur l'attribution à Ariston du paragraphe 17 (vol à Sparte) car Aulu-Gelle y invoque l'autorité d'« écrivains aussi nombreux que célèbres » (: *non pauci neque ignobiles scriptores*), qui seraient ses garants. Toutefois on comprendrait mal qu'il donnât une référence à la fois si vague et si pompeuse s'il la donnait de première main.

[4] Il a existé un autre Aristo, si le destinataire d'un *responsum* de Julien conservé au *Digeste* (37, 5, fr. 6) ne s'identifie pas avec Titius Aristo. Nous ne croyons pas à l'identification. Dès l'an 105, Titius Aristo arrivait au terme de sa carrière (Mommsen, *l. c.*, p. 475, 3). Or Julien n'est né qu'à la fin du Ier siècle ou au début du IIe (Girard, *la Date de l'Edit de Julien*, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, pp. 32 et sqq.; *Mélanges de droit romain*, I, pp. 241 et sqq.) En supposant même qu'Ariston vécut au temps où Julien commença à répondre aux consultants, eût-il demandé une consultation à un débutant, lui qui était un maître et un vieillard? En ce sens P. Krueger, *Quellen*², p. 187. Dubitatif Bremer, II, 2, p. 36.

[5] Mommsen, *l. c.*, p. 475.

précédemment. Cette conjecture n'a pas trouvé grand écho[1]. Car toute autre trace de cet ouvrage manque. Mais nous savons, par contre, qu'Ariston avait annoté les *Libri iuris civilis* de Sabinus, qu'Aulu-Gelle cite précisément plus loin[2]. Peut-être le témoignage d'Ariston provenait-il de cette annotation ? En tout cas il y trouverait mieux sa place que dans aucun des livres du même auteur dont le titre nous est connu (*Notae* sur les *Posteriorum libri* de Labéon ; sur les *Libri ad Vitellium* de Sabinus ; *Decreta Frontiana ;* peut-être *Responsa*). Nous hésitons à admettre qu'Ariston, malgré sa science (« Quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet ! », dit Pline[3]), ait composé un ouvrage de pure érudition, consacré à des questions de droit comparé et d'histoire.

Nous hésitons également à admettre qu'Aulu-Gelle ait emprunté à Ariston la citation de Caton l'Ancien (Discours *de praeda militibus dividenda*[4]) : un juriste n'eût pas intercalé un développement sur le péculat dans un contexte consacré uniquement au délit privé de vol. La façon de parler d'Aulu-Gelle permet de conclure à une utilisation directe du texte original (= Ea verba, quoniam nobis impense placuerant, adscripsimus).

Aulu-Gelle paraît de même avoir utilisé directement les *Libri iuris civilis* de Sabinus. C'est un ouvrage qu'il connaissait bien et qu'il citait souvent. Il nous en a rapporté plusieurs fragments fort importants[5], et les emprunts qu'il lui a faits sont probablement beaucoup plus étendus qu'il ne nous le donne à entendre[6]. D'après

[1] Cf. Bremer, II, 2, p. 393 ; Krueger, *Quellen*², p. 180, n. 161.

[2] Ulpian., *l. XVII ad Sabinum. Dig.*, 7, 1, fr. 7, 3 : Cassius quoque scribit... : et Aristo notat haec vera esse. Ulpian., *l. XVII ad Sabin. Fragm. Vatic.*, 88 : et ait (Pomponius)... Aristonem autem adnotare haec vera esse... Voy. dans Bremer, II, 2, p. 363, le relevé des citations d'Ariston contenues dans les *Libri ad Sabinum* de Paul et d'Ulpien.

[3] Plin., *Ep.*, I, 22.

[4] Sur ce discours, voy. Jordan, *M. Catonis... quae extant*, Prolegomena, p. xciii.

[5] Fragments du livre II = Gell., IV, 1, 21 et sqq. ; IV, 2, 15 ; fragments du livre III = Gell., V, 13, 5. Ces fragments sont réunis dans Huschke-Seckel-Kuebler, I⁶, pp. 72-74 ; Bremer, II, 1, pp. 460 ; 545 ; 550.

[6] Ainsi l'on admet généralement qu'Aulu-Gelle a emprunté aux *Libri iuris civilis* de Masurius Sabinus : 1° Tout le chapitre 1 du livre IV (Dirksen, p. 35 ; Hosius, I, p. xxx) ; 2° Les paragraphes 13 et 14 et non seulement le paragraphe 15) du chapitre 2 (livre IV) (Dirksen, pp. 41 et sqq. ; Hosius, I, p. xxx) ; 3° Le chapitre 13

ce que nous avons dit plus haut, il s'est servi sans doute d'une édition des *Libri iuris civilis* annotée par Ariston.

Revenons maintenant au *De furtis*. Cette monographie constitue-t-elle un ouvrage indépendant, ou est-elle une partie des *Libri iuris civilis?* On a parfois admis cette dernière idée[1], qui paraît dénuée de tout fondement, et que rejettent aujourd'hui les historiens les plus autorisés[2]. Comme l'a fait justement observer Mr P. Krueger[3], elle ne s'accorde pas avec la façon de parler d'Aulu-Gelle. Cet auteur mentionne « Sabini librum, cui titulus est de furtis ». Il faudrait donc supposer qu'Aulu-Gelle aurait trouvé le titre *De furtis* en tête d'un des *libri iuris civilis*, — plus précisément en tête du second, puisque nous savons par ailleurs que c'était là le siège de la matière du *furtum*[4]. Chose absolument impossible, puisque, avant de traiter du *furtum*, le *liber secundus iuris civilis* traitait de plusieurs autres matières, et notamment des legs[5].

Nous n'avons, sur la composition et le contenu du *De furtis*, d'autres informations que celles que fournit Aulu-Gelle. Elles sont assez maigres. Toutefois il y a des chances pour qu'Aulu Gelle ait sensiblement suivi, dans son travail de compilation et d'abrévation, l'ordre que suivait Sabinus. Cela implique, pour le *De furtis*, un plan dont voici les grandes lignes :

A. Notions historiques sur la répression du vol à Athènes. La législation de Dracon et de Solon.

B. La répression du vol à Rome :

du livre V tout entier Nettleship, *Lectures and Essays*, p. 266; Hosius, I, p. xxxv. *Contra* Ruske, *De A. Gellii Noctium Atticarum fontibus*, p. 12). Remarquons que, si cette dernière attribution était vérifiée, Aulu-Gelle citerait (V, 13, 4) Caton d'après Mas. Sabinus : d'où un argument pour admettre que le fragment de Caton traitant du péculat (XI, 18, 18) a pu aussi être emprunté à Mas. Sabinus.

[1] Ainsi Ant. Augustinus, *De legibus et senatusconsultis liber*, dans Graevius, *Thesaurus Antiquitatum*, II, pp. 1281 et sqq. — Mr Bremer, tout en admettant que le *De furtis* ne se confond pas avec les *Libri iuris civilis* (II, 1, p. 382), ne laisse pas de répéter, dans sa reconstitution de ce dernier ouvrage, certains fragments attribués par Aulu-Gelle au premier (cf. II, 1, p. 382, 2, et p. 517, 126).

[2] Hitschke-Seckel-Kuebler, I², p. 74, 2; Lenel, *Sabinussystem*, p. 70.

[3] P. Krueger, *Quellen*², p. 166, 22.

[4] Lenel, *Sabinussystem*, pp. 69 et sqq.

[5] Lenel, *Sabinussystem*, pp. 34 et sqq. Cf. Affolter, *Das römische Institutionensystem*, Berlin, 1897, pp. 32 et sqq.

I. Le vol manifeste dans les Douze Tables :

a) Avec circonstances aggravantes (vol de nuit, vol à main armée).

b) Sans circonstances aggravantes (commis par un homme libre, un esclave, un impubère.)

c) *Furtum per lancem liciumque conceptum.*

II. Le vol manifeste dans l'édit du préteur.

III. Définition du vol manifeste.

IV. Le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum.*

V. Observations diverses sur les anciennes traditions en matière de vol. Aulu-Gelle cesse ici de suivre pas à pas son auteur, et ne donne que deux échantillons des curiosités juridiques par lui rassemblées. Tous deux sont relatifs à la notion même du *furtum ;* nous les connaissons déjà.

VI. Le vol non manifeste Ce dernier développement ne semble pas être à sa place. *Aliis... furtis omnibus... poenam imposuerunt dupli*, dit Aulu-Gelle. Le sujet d'*imposuerunt* n'est exprimé ni dans cette proposition, ni dans aucune des propositions précédentes. Il faut remonter bien loin en arrière, et enjamber cinq paragraphes (du paragraphe 15 au paragraphe 9), pour rendre au texte sa continuité grammaticale, et lui restituer le sujet qui lui manque (= *decem viri*). Les mots *Aliis deinde furtis... imposuerunt dupli* se situeraient mieux dans les paragraphes 10-12 que dans le paragraphe 15.

Il est très difficile de pousser plus avant l'étude du *De furtis.* Les rapports de cette monographie avec les *Libri iuris civilis* sont obscurs. Nous ignorons, par exemple, lequel des deux ouvrages a vu le jour le premier. Quant à leurs contenus respectifs, nous sommes réduits aux conjectures. Voici celle qui nous semble la moins hasardeuse.

Deux points dans le résumé d'Aulu-Gelle attirent surtout l'attention : 1° L'importance des développements d'ordre historique. Pour renvoyer le lecteur à des informations tirées « *ex egregiis veterum moribus* », Aulu-Gelle fournit comme référence le *De furtis*, mais non les *Libri iuris civilis.* Il semble donc que le *De furtis* contenait plus de détails d'archéologie juridique que les *Libri iuris civilis.* 2° La place donnée au droit prétorien. Des développements quelque peu abondants sur le droit prétorien se conçoivent

mal dans un traité de droit civil. Or, dans le *De furtis*, Mas. Sabinus traitait de l'action *furti manifesti* au quadruple, des actions *furti concepti* et *oblati* au triple. En outre, — et ceci est tout à fait frappant, — il insistait sur le caractère actuel de ces actions : Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur... Furti concepti, item oblati, tripli poena est. Nous savons déjà[1] que Gaius, chez qui l'influence du *De furtis* est très sensible, s'exprimait à peu près de la même façon. Cela nous amène à croire que les édits sur l'action *furti manifesti* au quadruple, sur les actions *furti concepti* et *furti oblati* au triple, étaient récents au temps où fut écrit le *De furtis*. Précisément, nous n'avons rencontré jusqu'à présent aucune trace certaine de leur existence...

Concluons. Le *De furtis* doit être une monographie d'actualité. Masurius Sabinus l'a écrite à l'occasion d'innovations que le préteur venait d'introduire dans son Edit. Les actions *furti manifesti* au quadruple, *furti concepti* et *furti oblati* au triple, encore inconnues de Labéon (mort entre 763 (= 10) et 775 (= 22))[2], remontent tout au plus à la fin du règne d'Auguste ou au règne de Tibère (14-37). A côté d'informations historiques, que Sabinus avait cru intéressant de réunir au moment où changeait la répression privée du *furtum*, le *De furtis* exposait, au moins sommairement, sinon sous la forme d'un commentaire[3], les principes du droit nouveau.

2

II. Les *Libri iuris civilis*. — Les *Libri iuris civilis* étaient au nombre de trois. C'est dans le second, au témoignage d'Aulu-Gelle[4], que Sabinus traitait du *furtum*. Pour savoir comment il en

[1] *Supra*, p. 54.

[2] Krueger, *Quellen*², p. 155.

[3] Le texte d'Aulu-Gelle cadre mal avec l'idée d'un commentaire. Nous ne possédons même aucune trace d'un commentaire de Sabinus sur l'édit (?) et la formule *furti manifesti*, non plus que sur les formules *furti concepti* et *furti oblati*. Dans ses *Libri ad edictum*, Sabinus commentait l'édit *si familia furtum fecisse dicetur* (Pall., *Fr. VII ad Plautium Dig.*, 9, 4, fr. 31. Lenel, *Paling.*, I, c. 1159, n° 1142; Bremer, II, 1, p. 577, n° 38). Aurait-il écrit ses *Libri ad edictum* avant que l'Edit comprît les actions *furti manifesti*, *concepti* et *oblati*? Cette hypothèse nous amènerait, comme on voit, à classer chronologiquement le *De furtis* après les *Libri ad edictum*.

[4] Gell., XI, 18, 20-21

traitait, nous disposons de deux sources : 1° les rares citations que nous avons rencontrées chez Aulu-Gelle ; 2° les commentaires *(Libri ad Sabinum)* de Paul, Ulpien et Pomponius : ils nous renseignent, non seulement sur le plan de Sabinus, mais aussi parfois sur la teneur de certaines de ses *regulae*, qu'on peut dégager du contexte. La recherche des *Sabiniana* contenus dans les *Libri ad Sabinum* doit s'effectuer, pour chaque texte séparément, en appliquant une méthode dont les principes sont aujourd'hui fixés[1]. Mais il faut s'expliquer une fois pour toutes sur l'ordre des matières que Sabinus a suivi.

Le plan des *Libri iuris civilis* a fait l'objet d'études nombreuses[2]. La principale est celle de Mr Lenel, qui nous servira de guide[3]. Mr Lenel s'attache surtout au commentaire d'Ulpien. Evidemment ce commentaire, le plus étendu de tous, puisqu'il comprend, sur notre seule matière, trois livres (XL-XLII), offre plus de ressources que celui de Pomponius, qui n'en comprend que deux (XVIII-XIX), et, *a fortiori*, que celui de Paul, qui n'en comprend qu'un seul. Il forme en quelque sorte l'ossature du titre *De furtis* au Digeste, et les fragments qu'on en a tirés ont dû garder le rang qu'ils occupaient dans l'œuvre originale. En partant de ce principe, on constate que Sabinus étudiait d'abord la notion du *furtum* (livres XL et XLI, comprenant les fragments rangés dans la *Palingenesia*[4] sous les numéros 2856 à 2874), puis les sanctions du *furtum* (livre XLII, comprenant les fragments rangés sous les numéros 2876 à 2886). Reste un îlot, comprenant les textes relatifs aux *genera furtorum* et à la définition du *furtum manifestum* (n° 2875), que Mr Lenel propose d'intercaler entre ces deux parties, bien qu'il figurât, au Digeste, en tête du

[1] Le meilleur essai systématique en ce sens est celui de Mr Schulz *(Sabinusfragmente in Ulpians Sabinus-Commentar*, Halle, 1906). Voy. aussi Joers, v° *Domitius Ulpianus* (Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, V, cc. 1435-1509), cc. 1442-1445.

[2] Voigt, *Ueber das Ælius und Sabinussystem* (*Abhandlungen der philologischen-historischen Klasse der kön. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, VII, 1879); Lenel, *Das Sabinussystem (Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Strassburg für Jhering)*, Strassburg, 1892; Kipp, *Kritische Vierteljahresschrift*, XXXIII (1891), pp. 543 et sqq.; *Göttinger gelehrte Anzeige*, 1895, pp. 345 et sqq.; Affolter, *Das römische Institutionensystem, sein Wesen und seine Geschichte*, Berlin, 1897, pp. 13 et sqq.; Bremer, *Jur. antehadriana*, II, 1, 1898, pp. 408-411; Krueger, *Quellen*², pp. 164-165.

[3] Lenel, *op. cit.*, pp. 69-70.

[4] II, col. 1160 et sqq.

titre *De furtis*[1]. Enfin Mr Lenel suppose que l'exposé débutait par la définition sabinienne du *furtum*[2]. Toutes ces conjectures sont très vraisemblables. Nous croyons que le mieux à faire est de s'y tenir. Mais remarquons qu'il y aurait danger à vouloir entrer dans des précisions plus minutieuses : Sabinus n'a pas toujours strictement suivi le plan qu'il s'était tracé; les commentateurs ne l'ont pas respecté davantage. Les compilateurs de Justinien, qui ont bouleversé l'ordre de l'original en ce qui concerne les *genera furtorum*, ont pu le modifier encore sur d'autres points. Somme toute, la reconstruction de l'œuvre de Sabinus au moyen des débris qui nous en restent serait une œuvre désespérée.

C'est pourquoi nous ne tenterons pas d'étudier ces débris en les replaçant dans leur ordre initial. Cet effort est d'autant moins utile que, selon la juste remarque de Mr Lenel[3], les commentateurs des *Libri iuris civilis* ont dû se servir largement du *De furtis*, et que, par suite, nous n'avons même pas les moyens d'identifier sûrement la source de tel ou tel *Sabinianum* rapporté, en notre matière, par les *Libri ad Sabinum*. Nous analyserons les témoignages de Sabinus en les classant d'après leurs affinités intrinsèques.

3

De ces témoignages, beaucoup nous sont déjà connus. Il nous suffira de les inventorier ici, sauf à revenir sur ceux d'entre eux qui peuvent éclairer les textes qui nous restent à analyser.

(Nous avons marqué de points d'interrogation les témoignages dont l'attribution à Sabinus ne résulte que d'une conjecture).

	Gaius *Inst.* III, 183	*Supra*, p. 486
???	Isidore *Orig.* V, 26, 19	428
	Julien *Digest.* XV (*Dig.*, 19, 1, 24, 1	635
	Paul *Ad ed.* LIV (*Dig.*, 41, 2, 3, 18	370
	— — LXXII (*Dig.*, 45, 1, 83, 7)	364
	— *Ad. Plaut.* XVII (*Dig.*, 19, 1, 31, 1	635
	— *Ad. Sab.* VII (*Dig.*, 25, 2, 1	626

[1] C'est le parti que prend aussi Mr Brewer, II, 1, pp. 516-517.

[2] Mr Brewer (II, 1, p. 513) place également la définition sabinienne du *furtum* en tête de tout l'exposé.

[3] *L'e*, p. 70.

?	Paul	*Ad Sab.*	IX (*Dig.*, 13, 1, 5)	598
??	Pline	*Hist. nat.*	XVIII, 3, 12	61
?	Pomponius	*Ad Sab.*	XVIII (*Dig.*, 10, 4, 15)	564
?	—	—	XVIII (*Dig.*, 13, 7, 3)	557
?	—	—	XIX (*Dig.*, 47, 2, 37)	618,6
?	—	—	XXII (*Dig.*, 12, 4, 15)	581
	Ulpien	*Ad edict.*	XVIII (*Dig.*, 9, 2, 27, 21)	393
	—	—	XXVIII (*Dig.*, 19, 5, 17, 5)	374 et 613
?	—	—	XXIX (*Dig.*, 15, 1, 3, 12)	596
	—	—	LXI (*Dig.*, 29, 2, 71, 9)	471
?	—	*Ad Sab.*	XXIX (*Dig.*, 47, 2, 14, 16)	350
?	—	—	XXIX (*Dig.*, 50, 17, 23)	353
?	—	—	XXX (*Dig.*, 17, 2, 53)	345
?	—	—	XXXIX (*Dig.*, 47, 2, 17, pr.)	366
?	—	—	XL (*Dig.*, 47, 2, 19, 5)	559
?	—	—	XL (*Dig.*, 47, 2, 21, pr.)	502
	—	—	XL (*Dig.*, 47, 2, 21, 8)	593
?	—	—	XLI (*Dig.*, 47, 2, 25, pr., 1 et 2)	586 et 591
?	—	—	XLI (*Dig.*, 47, 2, 31, 1)	579
	—	—	XLI (*Dig.*, 47, 2, 41, pr.)	120, 4
?	—	—	XLI (*Dig.*, 47, 2, 43, pr. et 1)	551
?	—	—	XLII (*Dig.*, 47, 2, 48, 5)	530

4

Nous avons admis que c'est l'apparition dans l'Edit de dispositions nouvelles sur le *furtum manifestum* qui a fourni à Sabinus l'occasion et les moyens de réformer la doctrine du *furtum*. Nous devons résumer d'abord ce que nous savons de ces dispositions nouvelles, puis analyser les témoignages de Sabinus qui s'y relient.

Nous rencontrons dans le *De furtis* la première mention indiscutable des actions *furti concepti* et *oblati* au triple, *furti manifesti* au quadruple. Examinons la portée de cette observation.

A. Nous rencontrons dans le *De furtis* la première mention indiscutable des actions prétoriennes *furti concepti* et *oblati* au triple[1] : Furti concepti, item oblati tripli poena est. Au temps de Sabinus, le *furtum conceptum*, le *furtum oblatum* entrainent une composition légale.

[1] Cf. *supra*, p. 490.

Nous savons qu'il en était autrement dans le droit des Douze Tables. Celles-ci n'admettaient d'autre *furtum conceptum* que le *furtum per lancem liciumque conceptum*, et frappaient celui-ci (et peut-être aussi le *furtum oblatum*), comme un *furtum manifestum*, de l'*addictio*[1]. Mais les solennités de la *lanx* et du *licium* avaient dû perdre de leur rigueur avec le temps. Dès la fin du VIe siècle, on rencontre des exemples de perquisitions dans lesquelles le vieux rituel semble médiocrement respecté[2]. La loi Aebutia a certainement contribué à éliminer cette *legis actio*[3], qui n'a dû être définitivement abolie comme telle que par l'une ou l'autre des *leges Iuliae*, c'est-à-dire sous le règne d'Auguste[4]. C'est peut-être — du moins cette conjecture cadre assez bien avec ce que nous savons par ailleurs, et notamment avec l'absence de tout témoignage sur l'action prétorienne *furti concepti* avant Sabinus — pour sauver de l'ancienne *quaestio* ce qui en pouvait être sauvé, que le préteur aurait alors créé une action *furti concepti* sanctionnant le *furtum testibus praesentibus conceptum*, avec une action *furti oblati* corrélative.

B. L'action *furti manifesti* au quadruple doit être plus récente encore[5]. Nous en trouvons aussi la première mention indiscutable

[1] *Supra*, pp. 50 et sqq.

[2] *Supra*, p. 182.

[3] Le témoignage fondamental sur la matière est fourni par Aulu-Gelle (*N. A.*, XVI, 10, 7 et 8). Aulu-Gelle met en scène un juriste qui explique le mot *proletarius* (dans les Douze Tables), et lui prête les propos suivants : 7. Ego vero, inquit ille, dicere atque interpretari hoc deberem, si mihi Faunorum et Aboriginum debeissem. 8. Sed enim cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades et viginti quinque asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint, omnisque illa tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum, quibus utimur. Le jurisconsulte dont il s'agit peut être Labéon, ou, plutôt, Mas. Sabinus (en ce sens, mais non sans réserves, Hosius, I, pp. LI-LII, et *supra*, pp. 41-42). Ce témoignage prouve que la loi Aebutia a dû hâter le déclin du cérémonial archaïque par la *lanx* et le *licium*, mais aussi qu'elle ne l'a pas aboli tout d'un coup. Elle a fourni au préteur le moyen de rajeunir des institutions surannées; celles-ci n'ont pas disparu brusquement, elles se sont progressivement évanouies (*evanuerint*), assoupies (*consopita sit*). Voy. Girard, *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia*, *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, XXIX (1908), pp. 162 et sqq., et *Mélanges de droit romain*, I, pp. 161 et sqq.

[4] Girard, *Manuel*[5], p. 999. La loi Julia *iudiciorum publicorum* se placerait en 737 = 17, et la loi Julia *iudiciorum privatorum*, en 737 ou 738. Girard, les *Leges Iuliae...*, l^re c^o, notamment p. 356.

[5] Voy. déjà en ce sens les très remarquables suggestions de M. Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, I, p. 127, 5.

dans le *De furtis*. Mais remarquons qu'ici Sabinus insiste sur l'actualité de l'action dont il parle : *Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur.* Nous avons signalé en leur temps les allusions à cette action qu'on a cru relever chez Plaute[1] ou ailleurs[2] : aucune ne résiste à la critique.

Mais le *De furtis* ne dit rien des actions *furti prohibiti* et *furti non exhibiti*. Celles-ci peuvent avoir été créées plus tôt ou plus tard. Sans doute plus tôt : d'une part, nous avons déjà admis que l'action *furti non exhibiti* existait au temps de Servius Sulpicius[3], et, d'autre part, nous croyons que l'action *furti prohibiti* est de celles dont le besoin s'est fait le plus promptement sentir, même dans le mécanisme de la *quaestio lance licioque :* car les Douze Tables n'avaient pas prévu de sanction légale pour l'opposition à la perquisition[4], et l'on ne pouvait tolérer indéfiniment le recours extralégal à la force privée.

Mais, si le *De furtis* a réellement connu les actions *furti non exhibiti* et *furti prohibiti*, comment expliquer le silence total d'Aulu-Gelle, et le silence partiel de Gaius sur ces actions?

Aulu-Gelle, nous le savons, ne fait mention ni de l'une ni de l'autre. Il faut supposer, pour expliquer ce silence, qu'il n'a pas jugé bon de reproduire les passages du *De furtis* qui en traitaient. Pourquoi? Nous l'ignorons.

Quant à Gaius, dans les paragraphes correspondants des *Institutes* (III, 186-188; 191-192), il parle bien de l'action *furti prohibiti*, mais ne souffle mot de l'action *furti non exhibiti*. De cette dernière il n'est question que dans un passage de Justinien dont nous ne connaissons pas les sources[5] :

Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit[6].

La paraphrase de Théophile explique ce passage en le complé-

[1] *Supra*, pp. 213 et sqq.
[2] *Supra*, pp. 433 et sqq.
[3] *Supra*, p. 491.
[4] *Supra*, p. 52.
[5] Zocco-Rosa, *Palingenesia Institutionum*, II, p. 258.
[6] *Inst.*, IV, 1, 4, *in fine*.

tant : elle suppose que celui chez qui la chose a été cherchée et trouvée ne veut pas la laisser emporter :

Ἐρεῦσε πρὸς ταῦτα καὶ ὁ πράετωρ τὴν furti non exhibiti ἀρμόζουσαν κατ' ἐκείνου, ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὑρεθὲν παρ' αὐτῷ κλοπιμαῖον πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ὑπὸ τοῦ εὑρόντος ληφθῆναι[1].

Nous ne trouvons pas d'explication satisfaisante pour rendre compte du silence de Gaius[2]. Nous sommes d'ailleurs trop peu renseignés sur l'action *furti non exhibiti*[3]. Justinien nous apprend que c'est une action pénale, mais ne nous dit pas quel est le montant de sa condamnation[4]. Théophile la présente comme sanctionnant un défaut de restitution plutôt qu'un défaut d'exhibition *in iure*[5]. Son champ d'application est sensiblement le même que celui de l'action *furti concepti*[6]. On peut admettre, comme on le fait parfois[7], qu'elle fonctionne au cas de perquisition solennelle *lance licioque* (tandis que l'action *furti concepti* fonctionnerait, comme nous l'avons supposé, au cas d'une perquisition sans formes). Cela n'est que probable, sans pouvoir être prouvé[8] : toutefois cette conjecture cadrerait assez bien avec ce que nous avons dit de l'âge respectif des deux actions, et l'on comprendrait que l'action *furti non exhibiti* existât dès le temps de Servius Sulpicius, et l'action *furti concepti* seulement du temps de Mas. Sabinus. Peut-être

[1] Theoph., *Paraphr.*, IV, 1, 4 (Ed. Ferrini, p. 385).

[2] Cf. *supra*, p. 491, n. 1.

[3] Desjardins, *Traité du vol*, p. 128, veut rapporter à l'action *furti non exhibiti* le témoignage de Quintilien, *Inst. Orat.*, V, 13, 19, d'après lequel celui chez qui est trouvée une chose volée doit déclarer qu'elle a été apportée dans sa maison à son insu, qu'elle a été déposée chez lui, ou qu'elle lui a été donnée : Quum res furtiva in domo deprehensa sit, dicat necesse est reus, aut se ignorante illatam, aut depositam apud se, aut donatam sibi.

[4] C'est une conjecture gratuite que de la fixer au quadruple, comme on le fait couramment. Voy. p. ex. Accarias, *Précis de droit romain*[4], II, p. 464.

[5] Besler, *Beiträge*, I, p. 7.

[6] Gaius, III, 186 : Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. Desjardins (*Traité du vol*, p. 128), frappé de l'identité de l'action *furti concepti* et de l'action *furti non exhibiti*, se demande si la seconde ne serait pas la même que la première sous un autre nom, sous un nom plus nouveau.

[7] P. ex. Girard, *Manuel*[5], p. 408.

[8] Justinien et Théophile ne parlent d'aucune solennité à propos de la *quaestio* de l'action *furti non exhibiti*. Mais Gaius et Justinien exigent la présence de témoins (*testibus praesentibus*) pour la *quaestio* de l'action *furti concepti*.

l'action *furti concepti*, créée à une époque où les formes archaïques de la *quaestio lance licioque* tombaient en désuétude, enleva-t-elle à l'action *furti non exhibiti* tout ou partie de son champ d'application? Peut-être aussi cette dernière souffrit-elle de la concurrence de l'action *ad exhibendum*[1]? Dans ce cas, la mention qu'en fait Justinien dans ses Institutes s'expliquerait par le souci d'étaler des connaissances historiques sans intérêt pratique : et, en effet, les actions *furti non exhibiti*, *concepti*, *oblati* et *prohibiti* étaient depuis longtemps hors d'usage au temps de Justinien[2].

Pour préciser notre conjecture, nous estimons que le développement des actions relatives à la *quaestio* pour vol a dû se réaliser en trois temps :

I. Droit des Douze Tables. Tous les *furta manifesta* sont sanctionnés de la même façon par l'*addictio*. Rentrent dans ces *furta manifesta :* 1° probablement le *furtum oblatum ;* 2° sûrement le *furtum per lancem liciumque conceptum*. Il n'y a pas d'autre *furtum conceptum*, car on ne pratique que la *quaestio* solennelle.

II. Première phase du droit prétorien (antérieure à Servius Sulpicius). A côté de la répression civile, rigide et rude, le préteur a introduit deux actions pénales plus douces : l'action *furti prohibiti* au quadruple, contre le *fur* qui s'oppose à la perquisition *lance licioque*, et l'action *furti non exhibiti*, contre le *fur* qui ne restitue pas la *res furtiva* que cette perquisition a fait découvrir en sa possession.

III. Deuxième phase du droit prétorien (contemporaine de Sabinus) La perquisition *lance licioque* est abolie depuis les lois Juliae, et, par suite, l'action *furti non exhibiti* n'a plus d'application. Mais le préteur sanctionne désormais la perquisition sans formes, *testibus praesentibus;* il donne pour cela les actions *furti*

[1] Car il ne suffit pas d'alléguer, comme le fait Mr Beseler, *Beiträge*, I, p. 7, la substitution par les compilateurs de l'action *ad exhibendum* à l'action *furti non exhibiti :* Gaius ne parle pas non plus de l'action *furti non exhibiti!*

[2] *Inst.*, IV, 1, 4, *in fine :* Sed hae actiones, id est concepti et oblati et furti prohibiti nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit : merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

concepti et *oblati* au triple, et étend l'action *furti prohibiti* à ce cas nouveau[1].

Enfin, un peu plus tard, le préteur complète son œuvre en substituant à l'ancienne répression civile des *furta manifesta* une action pénale au quadruple[2]. Le *furtum manifestum* et le *furtum conceptum* prétoriens se trouvent donc séparés (à la différence du *furtum manifestum* et du *furtum conceptum* civils).

La conjecture que nous venons d'esquisser cadre assez bien avec les faits que nous connaissons. Mais elle n'est pas susceptible de vérification directe : les témoignages manquent. Les auteurs de *Libri ad edictum* classiques commentent peu nos édits[3]. Car la perquisition, même sans formes, n'est plus guère pratiquée de leur temps. On ne trouve trace, dans les commentaires, que de l'action *furti concepti*[4]. Il est peu vraisemblable de penser que l'action *furti non exhibiti* a été admise dans l'Edit perpétuel[5].

5

C'est sans doute la création par le préteur de l'action *furti manifesti* au quadruple qui a déterminé Mas. Sabinus à donner sa célèbre définition du *furtum manifestum*. Cette définition est ainsi conçue, d'après Aulu-Gelle[6] :

Manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat.

De cette citation textuelle il convient de rapprocher la citation transposée au style indirect par Gaius[7] :

[1] Nous expliquons ainsi pourquoi Gaius mentionne l'action *furti prohibiti*, mais non l'action *furti non exhibiti*.

[2] Faut-il admettre ici une influence de l'action *bonorum vi raptorum* ?

[3] Lenel, *Edit*, II, pp. 43-44 ; *Edictum*², pp. 312-313.

[4] M. Lenel (*Edit*, II, p. 44, 1 ; *Edictum*², p. 313, 1) cite à ce propos un seul fragment d'Ulpien, *l.* XXXVII *ad ed.* (*Dig.*, 22, 5, fr. 12) : « Eo numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficiant : pluralis enim locutio duorum numero contenta est. » Il signale aussi une constitution d'Antonin (205 (*Cod. Just.*, II, 11 (12), c. 8) : « Furti si condemnatus es, extra verberi quoque fustium famae damnum subisti. Quod si res furtiva, quam alter subripuit aliquo te ignorante comperta est, non laesit existimationem tuam sententia dicta. » Cf. *Basil.*, 61, 3, 7, sch. 1 (Ed. Heimbach, II, p. 455 : « [illegible] ἐκ τῆς [illegible] ἀφαιρεθῇ, [illegible] ἐπὶ τοῦτο [illegible] concepti [illegible] ἐὰν [illegible], οὐ [illegible] »).

[5] Cf. Kreller, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 133.

[6] Gell., XI, 18, 11.

[7] Gaius, III, 184.

Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius quod eo loco deprehenditur ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit ; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit ; quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit : quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur ; magis tamen plerique posteriorem probant.

Les parties du développement précédent que nous avons soulignées correspondent visiblement à la définition rapportée par Aulu-Gelle. De part et d'autre on reconnaît deux propositions juxtaposées : 1° Une proposition fondamentale : « Manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit » ; 2° Une proposition complémentaire, destinée à interpréter le *dum fit* de la première : « Faciendi finis est cum perlatum est, quo ferri coeperat », dit Aulu-Gelle qui cite Sabinus textuellement. Mais Gaius emploie des termes un peu différents. Comparons les deux versions.

Sabinus : .... cum perlatum est quo ferri coeperat.

Gaius : { ... donec perferret eo quo perferre fur destinasset.
{ ... donec perferret eo quo fur destinasset.

Dans la première leçon, le sujet est *furtum* sous-entendu ; dans la seconde, le sujet est *fur ;* ce mot s'intercale maladroitement dans l'incidente *quo... destinasset*, alors qu'on l'attendait plutôt dans la proposition *donec perferret*, où il manque : d'où l'allure gauche de la phrase. Il faut supposer que la leçon de Gaius est une transposition, aussi littérale que possible, mais dans un sens moins concret, de la leçon Sabinienne : le *donec perferret* s'y substituerait au *cum perlatum est*, sans identifier d'abord le sujet, comme pour modifier l'idée ancienne sous le couvert d'une déviation presque imperceptible des termes qui l'exprimaient. Désormais, c'est l'acte

du *fur* qui passe au premier plan, et l'on tient compte de son intention (=*quo... destinaverat*) pour fixer les limites de la flagrance. Dans le même sens, tandis que Sabinus définit encore le *furtum manifestum* en envisageant la *deprehensio* de la *res furtiva*, les auteurs des *Libri ad Sabinum* définissent plutôt le *fur manifestus* en envisageant la *deprehensio* du *fur*. Ulpien dit par exemple (*l. XLI ad Sabinum*[1]) :

Fur est manifestus, quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant, hoc est eum, qui deprehenditur cum furto[2].

Paul, dans son livre IX *ad Sabinum*, commente d'ailleurs une définition complémentaire voisine de celle que rapporte Gaius, mais comportant une variante de détail qui confirme nos observations précédentes sur l'embarras des jurisconsultes à appliquer au *fur* ce que Sabinus entendait du *furtum* :

« Quo destinaverit quis auferre » sic accipiendum est : « Quo destinaverit eo die manere cum eo furto »[3].

La proposition *quo destinaverit quis auferre* a pour sujet *quis* =*quelqu'un*. L'emploi de ce pronom indéfini pour désigner le *fur* ne se conçoit que si précisément le voleur n'avait pas encore été nommé dans le texte commenté. La définition complémentaire *Faciendi finis est cum perlatum est quo destinaverit quis auferre* resterait boiteuse si elle devait s'annexer à une définition *Fur manifestus est* ... Au contraire elle s'adapte bien à une définition *Furtum manifestum est*.... Cela nous conduit à supposer que la doctrine d'ensemble commentée par Paul se formulait à peu près comme la doctrine recueillie par Gaius[4] :

1 Furtum manifestum est, quod deprehenditur dum fit.

2 Faciendi finis est, cum perlatum est, quo destinaverit quis auferre.

Si l'on recherche qui a pu ainsi modifier le texte de Sabinus, on ne peut guère penser qu'à Cassius, élève de Sabinus, et son successeur immédiat. Ulpien atteste en effet qu'il a développé en les

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 3, pr. *Basil.*, 60, 12, 6, sch. 1.

[2] Sur l'acception concrète qu'affecte le mot *furtum* dans ces témoignages, voy. *supra*, p. 488.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 4.

[4] Gaius : ... donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse...

appliquant au *fur* les mots « antequam ad locum destinatum rem perferret », qu'il substitue au « cum perlatum est quo ferri coeperat » de Sabinus [1].

6

Examinons maintenant les sources des deux propositions dont se compose la définition sabinienne du *furtum manifestum*. Selon toute vraisemblance, ces propositions sont d'âges différents, et la seconde seule appartient en propre à Sabinus.

Cela résulte d'abord de l'exposé de Gaius. Après avoir énoncé la formule générale, qu'il attribue sans plus y insister à « certains auteurs » (= *quidam*), Gaius énumère les différentes interprétations complémentaires qu'on y a successivement annexées. Celle de Sabinus n'y paraît qu'au second rang, et ce pourrait bien être sa place chronologique.

Mais n'eussions-nous pas le texte de Gaius, nous devrions encore conclure dans le même sens. La proposition *Faciendi finis*... correspond visiblement à une notion du *furtum manifestum* plus récente que la proposition *Furtum manifestum est*... A. D'après la proposition *Furtum manifestum est quod deprehenditur dum fit*, l'élément déterminant de la flagrance réside dans la *deprehensio* de l'objet volé, intervenant avant que la furtivité ait cessé (= *dum*

[1] Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 5, pr. : Sive... in publico sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur, et ita Cassius scripsit. Après Cassius, Julien a adopté et perfectionné cette formule, en lui donnant peut-être sa forme définitive, commentée par Paul. Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 3, 2 : Magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat. (Cf., sur les mots *eo loci*, Kalb, *Roms Juristen*, p. 134). On pourrait adresser à notre système une objection, tirée du fr. 21, pr. (*Dig.*, 47, 2). Ce passage appartient en grande partie à Sabinus (*supra*, p. 502), et il se termine par les mots « et antequam se reciperet, quo destinaverat, deprehensus fuerit, eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit. » Sabinus aurait donc défini le *fur manifestus*, et se serait attaché à la *deprehensio* du *fur*. Mais l'objection ne doit pas être retenue, d'abord parce que le texte est fortement remanié, et ensuite parce qu'Ulpien a certainement suivi de près les *Libri iuris civilis* de Cassius (Bremer, II, 1, pp. 399-401; Fitting, *Alter und Folge*[2], p. 114). Tous les auteurs de *Libri ad Sabinum* ont fait de même. Ce sont seulement les sources indépendantes (Aulu-Gelle, Gaius) qui nous apprennent que Sabinus définissait le *furtum manifestum*, et s'attachait à la *deprehensio* de la *res furtiva*.

fit). Avec cette formule, la *deprehensio* d'une chose recélée constitue un *furtum manifestum* tant que le recel dure : autrement dit, le *furtum conceptum* rentre dans le *furtum manifestum*. La formule correspond donc à la notion la plus ancienne du *furtum manifestum*. B. Au contraire la formule *Faciendi finis est, cum perlatum est quo ferri coeperat* ne s'applique qu'au vol envisagé comme soustraction. Elle exclut le *furtum conceptum*. C'est précisément au moment où le *fur* dépose l'objet à destination qu'il cesse de s'exposer à la flagrance. Le commentaire de Gaius, qui traduit *furtum* par *subreptas res*, souligne cette constatation. Remarquons enfin que la formule *Faciendi finis est...* s'attache, non plus à toute *deprehensio* de l'objet volé, mais seulement à la *deprehensio* de l'objet volé sur le *fur* (*cum perlatum est...*[1]). Somme toute elle tend à restreindre le champ d'application de la formule générale.

La même préoccupation se relève dans un témoignage de Paul *(l. IX ad Sabinum)*, qui contient sans doute un *Sabinianum :*

Quamvis enim saepe[2] furtum contrectando fiat, tamen initio, id est faciendi furti tempore, constituere visum est, manifestus nec ne fur esset[3].

On doit appliquer aux mots *constituere visum est* les règles d'interprétation que Mr Schultz a appliquées à bon droit aux expressions impersonnelles analogues *quod dicitur, dictum est, scriptum est*, etc.[4], et lire ce passage comme s'il y avait : *constituere Sabino visum est*. La version primitive de Sabinus a d'ailleurs été remaniée, puisque, nous le savons[5], Sabinus définit encore le *furtum manifestum*, tandis que les auteurs de *Libri ad Sabinum* préfèrent définir le *fur manifestus*. Il y a à cet égard, dans le fr. 6 (*Dig.* 47, 2), un disparate assez frappant entre le début (*Quamvis enim furtum...*) et la fin (*... manifestus nec ne fur esset*). Sabinus avait probablement écrit :

[1] Cf. *Epitome Gai*, II, 10, 2 : Manifestum furtum dicitur, si quando fur, quum cuiuscunque rem tollit, in ipso furto deprehenditur.

[2] Ferrini, suivi par M. P. Krüger, regarde *saepe* comme interpolé. Voir aussi, dans le même sens, Pampaloni, *Contravvenzione e ripetizione di furto*, Studi *sopra il delitto di furto*, I (1894), pp. 102-103, et n. 9.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 6. Lenel, *Paling.*, I, c. 1277, n° 790. *Basil.*, 60, 12, 6, sch. 6.

[4] Schultz, *Sabinus fragmente*, p. 5, 3.

[5] *Supra*, pp. 602 et sqq.

Quamvis[1] furtum contrectando fiat, tamen initio constituere videtur[2], manifestum nec ne furtum sit.

Une fois que le voleur a achevé de transporter à destination la *res furtiva*, il n'y a plus de *furtum manifestum* possible[3]. C'est l'*initium*, — et l'on entend par là le déplacement de la chose, la *subreptio*, — qui qualifie la flagrance. Une *deprehensio* postérieure à cet *initium* n'est plus qu'un moyen de preuve, sans valeur particulière. On aperçoit immédiatement les corollaires que ce système implique : 1° Le *furtum improprium* n'est jamais flagrant. Sans doute pouvait-il l'être anciennement par une *deprehensio* de la chose détournée entre les mains du recéleur. 2° L'ancien *furtum conceptum* n'est plus un vol flagrant. Cette idée va à l'encontre des préceptes des Douze Tables. La doctrine ne pouvait pas à elle seule la faire triompher. Mais elle s'appuyait apparemment sur l'Edit du préteur. Lorsque l'Edit a créé l'action *furti concepti* au triple[4], il a séparé deux notions jadis confondues, et fourni à la jurisprudence, dont Sabinus paraît avoir été ici le premier interprète, un motif de resserrer la définition du *furtum manifestum*.

Telle quelle, la formule de Sabinus dut cependant paraître encore trop relâchée à ses successeurs. La destination attribuée par le voleur à son larcin est parfois fort éloignée. En suivant Sabinus, on assignait alors à la flagrance des délais fort longs. Des tendances restrictives, dont Gaius se fait l'écho, se manifestèrent ; certains jurisconsultes proposèrent de ne pas admettre la flagrance quand il s'était écoulé plus d'un jour depuis la soustraction. Cette solution, encore incertaine au temps de Gaius[5], paraît admise définitivement au temps de Paul[6].

[1] *Enim* a été ajouté par les compilateurs pour relier ce fragment au précédent.

[2] *Id est faciendi furti tempore* doit avoir été ajouté après coup, s'il est vrai que *furtum facere* a pu s'entendre originairement, et jusqu'au temps de Sabinus, du recel: car sous la plume de Paul, cette expression vise, par contre, la seule soustraction.

[3] Ulpian., *l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 5, 1 : Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur.

[4] Gaius, III, 189-190. *Supra*, pp. 660-661.

[5] Gaius, III, 184 : magnam recipit dubitationem...

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 4. *Supra*, p. 663 : quo destinaverit eo die manere cum eo furto.

7

Ainsi Sabinus, s'appuyant sur les innovations réalisées par le préteur dans son Edit, tendait à identifier le *furtum* avec la soustraction. Cette préoccupation ne lui est pas particulière. Labéon l'avait manifestée déjà avant lui. L'analyse, que nous entreprendrons plus loin [1], des témoignages de Gaius relatifs aux *genera furtorum* et à la notion du *furtum manifestum* [2] en fera foi. Mais chez Labéon, logicien intransigeant, elle se traduisait par des vues théoriques absolues sur les classifications et la terminologie : ainsi Labéon ne voulait plus appeler *furta* le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum*, ni appeler *furtum manifestum* le *furtum conceptum*. Sabinus était plus enclin à l'empirisme, et ne répugnait pas aux transactions. Il prenait les faits tels qu'ils étaient. Les trouvait-il conformes à ses vues, il les y annexait. Les y trouvait-il opposés, il ne leur faisait pas violence. Il les enregistrait comme faits aberrants (on disait alors : *comme anomalies*). Ainsi, bien que tendant à ramener le vol à la soustraction, il ne refusait pas au *furtum conceptum* le nom de vol flagrant. Il faisait seulement remarquer que la flagrance du *furtum conceptum* ne se fondait que sur la loi (= *furtum manifestum lege*), et, en face de ce cas anormal, il posait comme cas normal de flagrance (= *furtum manifestum natura*) le larcin saisi sur le fait, avant que le voleur eût achevé de porter à destination le corps du délit, c'est-à-dire un *furtum* dont le moment caractéristique était une soustraction. Partout où les faits purent s'y plier, Sabinus opéra de la même façon, et chercha à construire la notion du vol en fonction de la notion de *subreptio*. Nous avons déjà vu, notamment, comment, en faisant triompher une opinion déjà admise par la majorité des *veteres* sur la question de savoir si l'intention de nier un dépôt constituait un *furtum* [3], Sabinus affirma sa tendance à faire du *furtum improprium* une espèce de *subreptio*. C'est dans le même esprit qu'il proclama que l'existence du *furtum* était indépendante de tout transfert de propriété, et dépendait

[1] Voy. *infra*, c. XVII.
[2] G. XVII, §§ 2, 3, 9, 15.
[3] *Dig.*, 41, 2, fr. 3, 18. *Supra*, pp. 370 et sqq.

exclusivement du déplacement de la possession : *Furtum possessionis fit.*

De là les corollaires suivants : 1° Si, par l'adoption du principe *Furtum possessionis fit*, le *furtum improprium* rentre dans la *subreptio*, il n'y a plus d'obstacle à ce que la loi Atinia s'applique à ce *furtum*. Et, en effet, Sabinus admet que le *furtum improprium* n'est plus jamais une cause d'acquisition. — 2° Mais que va devenir alors la *condictio ex causa furtiva* donnée jusque-là, au cas de *furtum improprium*, contre un défendeur propriétaire de la chose volée ? Sabinus, respectueux des institutions établies, la laisse subsister. Mais il la fond avec la *condictio ex iniusta causa* admise par un parti des *veteres*, et recevable jusque-là dans le seul cas de *furtum proprium*. Et c'est ainsi qu'il donne, nous l'avons vu, la *condictio ex causa furtiva* contre un défendeur qui n'a que la possession de la chose dérobée[1]. Nous allons réunir plusieurs témoignages nouveaux[2] qui confirment l'attitude que nous lui attribuons dans ce remaniement doctrinal.

Citons d'abord un passage qui traite du *furtum* commis par un tuteur aux dépens de son pupille.

Ulpien *(l. XLI ad Sabinum) :*

Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur : et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. Sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. Quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus[3].

Dans ce passage, on admet généralement qu'il existe un noyau de *Sabiniana*. M. Lenel[4], suivi par MM. Kipp, Bremer et Schulz[5], estime que les mots *Quod... scriptum est* décèlent une citation. En tout cas, la citation ne va pas plus loin que que les mots *et furti actione tenetur*. La substitution de la forme impersonnelle (= *quam-*

[1] *Supra*, pp. 586 et sqq. ; 640 et sqq.

[2] Voy. en outre *Dig.*, 41. 3. fr. 35. *Infra*, § 25.

[3] *Dig.*, 47. 2. fr. 33. Lenel. *Paling.*, II. c. 1164. n° 2864 ; Bremer. II. 1. p. 511. n° 112. *Basil.*, 60, 12, 33, et sch. 1.

[4] *Paling.*, II, c. 1164, 1 = *a Sabino ?*

[5] Bremer. *l. c.* : *Sabinusfragmente*, p. 78 = le texte appartient à Sabinus jusqu'à *Quod in tutore...*); Kipp, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, XXXIII (1891), pp. 540-541.

vis cum eo agi possit) à la forme personnelle (= *tenetur)* rend vraisemblable une substitution d'auteur[1].

Il y a deux faits intéressants à noter dans ce témoignage :

1° Le tuteur qui détourne des biens du pupille ne commet qu'un *furtum improprium*. Néanmoins Sabinus applique l'imprescriptibilité de la loi Atinia aux choses ainsi détournées (= *nec usucapi res potest)*.

2° Sabinus ne prévoit d'autre sanction au détournement que l'action *furti*. Peut-être l'action de tutelle ne sanctionne-t-elle encore que la responsabilité des actes de gestion au sens étroit du mot[2], et non la responsabilité des actes accomplis en dehors de toute intention de gérer. Mais il est surprenant de constater que Sabinus ne mentionne pas l'action *rationibus distrahendis*. Seul, Tryphoninus, dans un texte où il cite expressément les Douze Tables, observe le même silence, sans doute parce qu'il reproduit la tradition sabinienne[3]. Mais les grands jurisconsultes classiques (Papinien, Paul, Ulpien), donnent à l'action *rationibus distrahendis* la première place, et ne traitent qu'accessoirement de l'action *furti*[4]. D'où la conclusion : au temps de Sabinus, l'action *rationibus distrahendis* ne devait pas se différencier de l'action *furti*. Il n'existait qu'une action, l'action *furti*, contre le tuteur qui avait détourné des valeurs du pupille. L'action *rationibus distrahendis* s'en détacha lorsque furent fixés les éléments de l'*animus furandi* : l'action *rationibus distrahendis* sanctionna dès lors les détournements commis par le tuteur sans *animus furandi*, l'action *furti* sanctionna les détournements commis par le tuteur avec *animus furandi*[5]. Ce sont donc les innovations réalisées

[1] Les mots *ceterisque curatoribus* de la fin du texte pourraient aussi être interpolés.

[2] Cela est également possible quelle que soit la rédaction qu'on adopte pour la formule de l'action *tutelae*. On sait que Mr Lenel admet la restitution : *Quod N. N. A. A. tutelam gessit* (*Edit.*, II, p. 38 ; *Eductum*², p. 358), et Mr Wlassak la restitution : *Quod N. N. tutor negotia A. A. pupilli gessit*.

[3] *Supra*, p. 79.

[4] Ulpian, *l. XXXVI ad edictum*, *Dig.*, 27, 3, fr. 1, 19 : Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur... 2°. Hunc tamen tuterem, qui interceptis pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait,... Paul, *l. VIII ad Sabinum*, *Dig.*, 27, 3, fr. 2, pr : Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. 1. Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. (Ce qui suit est interpolé. Voy. Sueur, *Passinlegitimation*, p. 191.)

[5] *Dig.*, 27, 3, fr. 2, pr. *Supra*, n. 4.

par Sabinus dans la théorie du *furtum* qui ont abouti à cette scission. Mais il ne l'avait pas lui-même consommée[1].

8

Egalement significatif en faveur de l'assimilation du *furtum improprium* à la *subreptio* est un *Sabinianum* recueilli par Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere[2].

Le passage est de Sabinus, car Ulpien poursuit : « Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur. » L'identification a été proposée par Mr Lenel, et admise par Mr Schulz[3].

Il y a de grandes chances en effet pour que Sabinus ait examiné, dans la partie de ses *Libri iuris civilis* que commente ici Ulpien, la question de savoir si le créancier gagiste qui aliène l'objet engagé, en l'absence de toute clause l'y autorisant, commet un *furtum*[4]. Pomponius étudie aussi cette question dans le livre XIX de ses *Libri ad Sabinum*[5], et l'on sait que ce livre XIX, comme le livre *XLI ad Sabinum* d'Ulpien, traite *de furtis*. Evidemment Sabinus admettait déjà l'affirmative. Cela ressort par *a contrario* des derniers mots de son témoignage : si l'acheteur peut devenir propriétaire du *pignus* lorsqu'une clause expresse autorise la vente, c'est que la loi Atinia ne s'applique pas, le *pignus* vendu n'étant pas une *res furtiva*. Donc, en sens inverse, si l'acheteur ne devient pas propriétaire du *pignus* vendu sans autorisation, c'est que ce *pignus* est

[1] Notre texte exige, il est vrai, l'*animus furandi* pour que l'action *furti* s'applique ici (= *si quid furandi animo amoverit)*. Mais il ne prévoit aucunement qu'une sanction quelconque existât à défaut d'*animus furandi*. Et il n'est même pas sûr que les mots *furandi animo* appartiennent à Sabinus.

[2] *Dig.*, 13, 7, fr. 4. Lenel, *Paling.*, c. 1167, n° 2874. *Basil.*, 25, 1, 4.

[3] Schulz, pp. 82-83.

[4] Nous savons que Mela donnait l'action *furti* contre le gagiste qui refusait de rendre le *pignus* une fois qu'il avait reçu paiement *(supra*, p. 612). Ici il s'agit évidemment d'un gagiste qui n'a pas reçu paiement.

[5] Pompon., *l. XIX ad Sabin. Dig.*, 13, 7, fr. 5 : Idque [*scil.* creditorem, si distraxerit, furti obligari] iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit.

une *res furtiva*. Remarquons d'ailleurs que le *furtum* résultant de la vente d'une chose déjà détenue par le vendeur n'est qu'un *furtum improprium* : mais Sabinus avait, nous le savons, assimilé le *furtum improprium* au *furtum proprium* pour l'application de la loi Atinia.

Quel est le caractère du *pignus* que vise notre texte? Il ne s'agit là, on l'admet généralement[1], ni d'une hypothèque, ni d'un gage de possession, mais d'un gage de propriété, d'un *pignus datum* comme nous en avons rencontré bien des exemples, c'est-à-dire d'un cas de fiducie. Le *furtum improprium* commis par le créancier gagiste est donc un *furtum* portant sur une *sua res*.

9

Le vol, ayant cessé d'être jamais une cause d'acquisition, ne donne sur l'esclave volé qu'une puissance de fait, non une puissance de droit. Cette idée avait été exprimée par Sabinus, au dire de Julien *(l. III ad Urseium Ferocem)* :

Servus meus cum apud furem esset, furi dari stipulatus est : negat furi deberi Sabinus, quia eo tempore, quo stipulatus est, ei non serviret : sed nec ego ex ea stipulatione agere potero. Sed si detracta furis persona stipulatus est, mihi quidem adquiritur actio, sed furi nec mandati nec alia actio adversus me dari debet[2].

Comme l'a remarqué Mr Lenel, la dernière proposition *(sed furi... dari debet)* est interpolée[3]. On manque d'arguments pour délimiter exactement le *Sabinianum* inclus dans ce fragment. Rigoureusement il ne comprend que la phrase *Negat furi..... ei non serviret*. La décision de Sabinus que vise Julien devait figurer, avec des décisions analogues, dans la partie de ses *Libri iuris civilis* qui traitait du *furtum*. Nous trouvons en effet, dans le livre XL *ad Sabinum* d'Ulpien, un témoignage qui rappelle visiblement le précédent[4] :

[1] Girard, *Manuel*², p. 777, 1 ; p. 781, 5 ; Jacquelin, *De la fiducie*. Paris, 1891, pp. 254-352, notamment p. 283.

[2] *Dig.*, 45, 3, fr. 14. Lenel, *Paling.*, I, c. 495, n° 917 ; II, c. 211, n° 208. Bremer, II, 1, p. 534 *Basil.*, 43, 3, 13.

[3] Lenel, *Paling.*, I, c. 495, n° 3.

[4] Lenel, *Paling.*, II, c. 1162, 2.

Nemo servum vi possidens aut clam aut precario per hunc stipulantem vel rem accipientem[1] potest adquirere[2].

Il s'agissait de savoir si un esclave se trouvant aux mains d'un voleur rendait celui-ci créancier par ses contrats. Nous savons que les devanciers de Sabinus examinaient déjà avec minutie la question de savoir si le *bona fide serviens* acquiert pour la personne qu'il sert[3], et admettaient l'affirmative, au moins pour le cas où il acquiert *ex re eius cui servit* ou *ex operis suis*[4].

Nous savons aussi que, lorsqu'il s'agissait d'un esclave *bona fide serviens*, ils ne s'enquéraient aucunement de la *bona fides* de l'esclave, et même pas de celle du pseudo-maître. Ils ne s'enquéraient que des apparences loyales, correctes, régulières, de la situation[5]. De la sorte un maître, même de mauvaise foi, — un voleur, — pouvait acquérir par le fait de celui qui faisait figure normale d'esclave à son service. Sabinus paraît avoir le premier réagi contre ce système. Julien lui prête en effet une attitude novatrice, en opposition avec une doctrine établie : *negat furi deberi Sabinus*... En quoi consiste exactement cette innovation ?

Sabinus, remarquons-le, ne subordonne pas la solution du problème qu'il examine à une question de propriété ou de possession[6]. Il la subordonne à une question de puissance. Etant donné que le *bona fide serviens* peut acquérir pour celui *cui servit*, tout revient à définir ce qu'on entend par *servire*. Les devanciers de Sabinus, partant d'une analyse grossière du concept, estimaient que tout homme placé en fait sous le pouvoir d'autrui pouvait être qualifié de *serviens*. Sabinus estime, plus finement, que l'esclave volé n'est pas un *serviens* (: *quia eo tempore... ei non serviret*)[7]. Il sépare la

[1] Comme l'a indiqué Mr Gradenwitz, suivi par MM. Lenel et P. Krueger, il faut lire ici *vel mancipio accipientem.*

[2] *Dig.*, 41, 1, fr. 22.

[3] Trebatius, Labéon, Varius, Varro? Cf. Krueger, *Quellen*², p. 171, 92; Lucullus. Voy. Ulpian., *l. XVII ad Sabinum. Dig.*, 7, 1, fr. 21; *Fragm. Vat.*, 71 b; Pomponius, *l. III ad Sabinum. Dig.*, 41, 1, fr. 19; Paul., *l. XV Quaestionum. Dig.*, 45, 3, fr. 20, 1. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 370, 2; Salkowski, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, p. 145.

[4] *Supra*, c. xv, § 11.

[5] Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 372-373.

[6] Salkowski, *Sklavenerwerb*, p. 146, 5.

[7] Pernice, II, 1², p. 374, suppose que Sabinus doit prendre ici les mots *bona fide* de l'expression *bona fide servire* dans leur acception non-juridique courante : *sans*

puissance de droit de la puissance de fait[1]. Le vol ne donne au voleur que la puissance de fait. Dès lors l'esclave volé ne peut acquérir pour le voleur.

Cette innovation de Sabinus se limite : 1° aux *servi* (par opposition aux hommes libres *bona fide servientes)*; 2° qui sont aux mains de *fures* (par opposition à tous autres titulaires d'une possession vicieuse) ; 3° et qui effectuent des stipulations (par opposition à tous autres actes obligatoires et à tous actes par lesquels s'acquièrent les droits réels[2]). La stipulation faite nommément en faveur du voleur ne le rend point créancier. Elle ne rend point non plus créancier le *verus dominus*. Il en serait autrement si l'esclave, au lieu de stipuler en faveur du voleur, avait stipulé en son nom propre (*detracta furis persona)* : le *verus dominus* deviendrait alors créancier.

Cette solution de Sabinus contenait en germe tout un développement doctrinal. Ce développement s'est effectivement réalisé par la suite. On a étendu, non sans résistance peut-être[3], aux cas de possession vicieuse ce que Sabinus n'avait admis que pour la possession *ex causa furtiva*. Javolenus connaît déjà le principe[4]. Ulpien, dans son commentaire des *Libri iuris civilis*, en fait l'application à toutes sortes d'acquisitions (et non plus seulement aux stipulations : *per hunc stipulantem vel <mancipio> accipientem potest adquirere)*, et contre tous les *iniusti possessores* (et non plus seulement contre les *fures : Nemo vi possidens aut clam aut precario)*. Déjà Javolenus avait assimilé l'acquéreur de mauvaise foi à l'*iniustus possessor*[5]. Ainsi l'on en venait, dans la théorie du *bona fide serviens* appliquée à l'esclave, à considérer de plus en plus la bonne foi du pseudo-maître, et de moins en moins celle du *serviens*. L'esclave putatif ne continuait à acquérir pour le possesseur

arrière-pensée, loyalement, convenablement, correctement. Le *servus furtivus* ne serait donc plus jamais un *bona fide serviens*.

[1] Peut-être bien le débat sur le sens du mot *potestas*, par exemple dans les applications des actions noxales, devrait-il se résoudre par une distinction chronologique. Cf. Girard, *les Actions noxales* (Nouv. Rev. Hist., XI, 1887, p. 447, n.) ; Lenel, *Edit.*, I, pp. 180-183 ; *Edictum*[2], pp. 155-159.

[2] Lenel (*Paling.*, I, c. 595, n. 3) fait la remarque suivante : « Quid si heres nomine mancipio accepit vel traditione possessionem nactus est ? »

[3] Cf. Paul, *l. LII ad edictum*, *Dig.*, 41, 2, fr. 1, § 6. Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 170.

[4] Javolenus, *l. I epistul.*, *Dig.*, 41, 3, fr. 33, 1.

[5] Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 176-177.

que lorsque celui-ci était de bonne foi. De là la règle formulée par Julien *(l. III ex Minicio)* : Etiam furtivus servus bonae fidei emptori adquirit, quod ex re eius stipulatur aut per traditionem[1] accipit[2]. Cette règle était évidemment encore inconnue de Sabinus.

10

Aux fragments qui nous ont déjà attesté la transformation que Sabinus a fait subir à la *condictio ex furtiva causa*, nous pouvons ajouter encore un fragment d'Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)*. Ulpien se demande si l'action *furti* peut s'intenter contre un fils de famille. Ses développements sur cette question ont été ingénieusement restitués par Mr Lenel[3], à l'aide de deux fragments connexes insérés à deux endroits différents du Digeste. Cette restitution, qui rallie à juste titre tous les suffrages[4], nous servira de base.

I. Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio[5] ;

II. et, si condemnatus fuerit filius, iudicatum facere debet : tenet enim condemnatio. Quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri[6] ;

III. sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. Certe si quasi procurator[7] alicuius filius familias iudicium

[1] Comme le note Mr P. Krueger, Julien avait probablement écrit : *aut mancipio accipit*.

[2] *Dig.*, 41, 1, fr. 39. Salkowski, *Sklavenerwerb*, p. 150 ; Czyhlarz, *Eigenthumserwerbsarten*, I, pp. 542 et sqq.

[3] Lenel, *Paling.*, II, c. 1167, nº 2873. Cf. *Dig.*, 13, 1, fr. 4.

[4] Koschaker, *Translatio iudicii*, Graz, 1905, p. 172 ; Seckel, *Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil. Aus römischem und bürgerlichem Recht... I. E. Bekker gewidmet*, 1907, p. 366, 2 ; Duquesne, *la Translatio judicii dans la procédure civile romaine* (*Ann. de l'Université de Grenoble*, XXIII, 1910, p. 207, 1

[5] *Dig.*, 5, 1, fr. 57. *Basil.*, 7, 5, 56.

[6] *Dig.*, 9, 4, fr. 35. *Basil.*, 60, 5, 35, et les scholies.

[7] *Procurator* a été substitué par les compilateurs à *cognitor*. Voy. Koschaker, pp. 105 et sqq., suivi par Duquesne, p. 211, n. 4.

acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio vel iudicati[1] datur[2].

Dans ce passage, M. Schulz[3] a isolé du commentaire le *Sabinianum* suivant :

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio : et si condemnatus fuerit filius, iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio.

Ce *Sabinianum* a été écrit, comme le prouve le numéro du livre d'Ulpien, à propos du *furtum*. Il ne posait pas la question de savoir si l'action *iudicati* se donne contre le père *de peculio* : les mots *quin immo etiam* amorcent un développement propre à Ulpien. S'il y a donc lieu d'insérer, comme le proposent MM. Koschaker, Seckel et Duquesne, les mots *ex delictis* dans la proposition *et si condemnatus fuerit filius*[4], ce n'est que dans la version du texte remaniée par Ulpien, ce n'est pas dans la version originale de Sabinus.

Bornons-nous à analyser la décision de Sabinus. Elle pose la question de savoir si le fils de famille peut être poursuivi personnellement à raison de ses délits et de ses contrats. Ou, plus exactement, elle pose la question de savoir s'il peut être poursuivi à raison de ses contrats comme il peut l'être à raison de ses délits (= *tam ex contractibus quam ex delictis*). Les délits, pris comme termes de comparaison, ne font pas difficulté : ils fondent non seulement une action noxale contre le *paterfamilias* tant que dure la puissance, mais encore une action directe contre le fils. Mais celle-ci produit-elle ses effets seulement après la fin de la puis-

[1] Une correction est nécessaire, sur laquelle les savants diffèrent. Voy. Koschaker, pp. 106 et sqq. *Transactio* doit évidemment être remplacé par *translatio* ou par *transactio*. M. Seckel, *l. c.*, et M. Duquesne, p. 688, note, *in fine*, proposent la restitution *translatio vel actio indicati datur*. Adde Bonfante, *Appunti di diritto romano*, II série, *Il processo civile*, II, Torino, II, 1914, p. 197.

[2] *Dig.*, 5, 1, fr. 57. *Basil.*, 7, 5, 56.

[3] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 81.

[4] Voy. en dernier lieu Duquesne, *l. c.*, p. 688. Pour M. Seckel, suivi par M. Duquesne, le passage *et si condemnatus... de peculio posse convenire* ne vise que les obligations délictuelles, notamment parce que l'action *iudicati* n'y est donnée contre le père que *de peculio* (et non en même temps *in rem versum*). L'argument ne porte pas pour la version originale de notre *Sabinianum* (du moment que les mots *Quin immo etiam filius iudicandus est... de peculio posse convenire* n'appartiennent pas à Sabinus).

sance[1], ou peut-elle s'exercer pendant que la puissance dure ? Le témoignage de Sabinus, très général dans ses expressions, et corroboré d'ailleurs par celui de Gaius[2], conclut à la possibilité de poursuites immédiates[3], sauf à résoudre ensuite le problème de savoir comment exécuter le jugement obtenu. Ici notre *Sabinianum* ne fournit pas de réponse[4]. On peut supposer qu'on exécutait dans tous les cas par voie de *manus iniectio*[5].

Sabinus admettait l'extension aux dettes contractuelles des principes en vigueur depuis longtemps pour les dettes délictuelles. La façon dont il s'exprime semble à première vue assez favorable au système d'après lequel le *filius familias* échappa longtemps à toute poursuite directe à raison de ses contrats lorsqu'il devint capable d'en passer[6]. Mais, pour pouvoir exprimer sur ce point autre chose qu'une impression, il faudrait savoir à quel propos Sabinus produisait l'affirmation *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio.* Et nous ne le savons guère.

Comment concevoir en effet que Sabinus, en traitant du vol, se soit avisé de formuler une règle aussi générale ? Pourquoi cette digression dans le domaine des actions contractuelles ? Nous ne trouvons qu'une explication : elle consiste à supposer que Sabinus pensait à la *condictio ex causa furtiva*, et se demandait si cette action se donnait directement contre le fils de famille coupable de vol. Si la *condictio ex causa furtiva* se rangeait parmi les actions pénales, il n'y avait pas de difficulté. Mais Sabinus, tout en apercevant les différences qui séparent la *condictio* des actions pénales proprement dites, se trouvait peut-être embarrassé pour la classer

[1] Girard, *Manuel*[5], p. 138.

[2] *Dig.*, 44, 7, fr. 39.

[3] Pernice, *Labeo*, I, pp. 166 et sqq. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 465, 2.

[4] Mr Seckel, *l° c°*, p. 327, 2, suppose qu'il en fournissait une, du moins dans son état primitif. Au lieu de *iudicatum facere debet*, le fragment aurait porté *duci iubet*. Mais voy., sur cette conjecture, Duquesne, *l° c°*, p. 208.

[5] La contradiction que relève Mr Girard entre cette idée et le principe de la noxalité ne paraît pas décisive contre elle : autrement les actions délictuelles qui ne se donnent pas *noxaliter* ne pourraient jamais s'exercer contre le fils en puissance. Autant dire que le fils en puissance pourrait impunément commettre les délits correspondants.

[6] C'est le système défendu notamment par Mandry (*Gemeines Familiengüterrech.*, I, pp. 403-414), et souvent discuté depuis. Voy. en dernier lieu Koschaker, *Translatio*, pp. 173 et sqq.

dans une catégorie définie, et c'est alors que, voulant écarter toute cause d'hésitation, il faisait remarquer que les actions contractuelles aussi bien que les actions pénales se donnent directement *in filium familias* : qu'on rangeât la *condictio ex causa furtiva* ici ou là, le résultat restait donc le même, à ce point de vue.

Cette hypothèse n'est guère susceptible de démonstration. Du moins elle a pour elle deux indices : 1° l'existence, dans ce même livre *XLI ad Sabinum* d'Ulpien, d'un fragment qui traite de la *condictio* intentée contre le *dominus* à raison du vol commis par l'esclave ou le fils de famille[1], et s'apparente assez visiblement à ceux que nous étudions pour que Mr Lenel l'ait réuni à eux dans un même contexte[2] ; 2° le fait, déjà relevé plus haut[3], que Sabinus a formulé le premier le précepte *Ex furtiva causa filio familias condici potest.*

Remarquons que ce précepte repose sur une notion de la *condictio ex causa furtiva* qu'ignoraient les *veteres*. Le fils n'est jamais *dominus* de la *res furtiva*, puisqu'il n'a pas de patrimoine. On ne peut pas demander au fils de *dare* la *res furtiva*. Donc la *condictio* qu'on intente contre lui ne se base plus sur les principes anciens; elle se rapproche de la *condictio ex iniusta causa* plutôt que de la vieille *condictio ex causa furtiva.*

II

Sur l'attribution à Sabinus du principe *Furtum fit possessionis*, nous devons mentionner un passage d'Ulpien *(l. XI ad edictum)* :

Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. In qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri; quod si in dando aes subiecisset, turpiter facere, non furem esse. Sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit[4].

[1] *Dig.*, 13, 1, fr. 4 : Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit ; in residuum noxae servum domitus dedere potest. *Supra*, p. 605.

[2] Lenel, *Paling.*, II, c. 1167, n. 2873.

[3] *Supra*, p. 608.

[4] *Dig.*, 13, 7, fr. 36, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 468, n° 386. Brunner, II, 1, pp. 513-514. *Basil.*, 25, 1, 35.

Le texte d'Ulpien est extrait d'un endroit de ses *Libri ad edictum* où il commente les mots *si de his rebus alia actio non erit* de la formule *de dolo*[1]. D'où était tiré le passage de Sabinus qu'il cite? Probablement de ses *Libri iuris civilis*[2], puisque Paul et Ulpien lui-même font allusion à la doctrine qu'il professait sur ce point dans leurs *Libri ad Sabinum.*

Paul *(l. IX ad Sabinum)*:

Cum aes pignori datur, etiamsi aurum esse dicitur, turpiter fit, furtum non fit. Sed si datum est aurum, deinde, cum dixisset se ponderare aut obsignare velle, aes subiecit, furtum fecit : rem enim pignori datam intervertit[3].

Il s'agissait uniquement, dans le passage de Sabinus auquel ces deux textes se réfèrent, d'un gage avec transfert de propriété, se réalisant par la *datio* de la chose engagée. Cela résulte, non seulement de la terminologie employée *(dato auro...; in dando...; cum aes pignori datur...; si datum est aurum...; rem pignori datam...*[4]), mais encore de la comparaison de nos deux textes avec un autre texte, attribué à Ulpien, qui pose la même question en termes sensiblement différents, et probablement sur un autre terrain.

Ulpien *(l. XL ad Sabinum)*:

Pignus contrahitur non sola (solum?) traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. 1. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori : et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint. 2. Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit,

[1] Lenel, *Paling.*, II, c. 468, 3; *Edit.* I, p. 130, 14; *Edictum*², p. 111, 12.

[2] En ce sens Bremer, *l° c°*.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 20, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 1276, n° 1787; Bremer, II, 1, p. 514.

[4] Sans doute les mots *dare*, *datio* doivent-ils se prendre ici dans leur acception technique. MM. Manigk (*Zur Geschichte der römischen Hypothek*, I, p. 39) et Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*, Upsala, 1910, pp. 115 et 117, croient ici à un gage de possession, à raison du mot *subiecisset*. Ils supposent donc que la *fiducia* ne peut s'annexer qu'à une mancipation. Nous croyons qu'elle peut s'annexer, au temps de Sabinus, à une tradition de *res nec mancipi*, translative de propriété. Sabinus — sinon Paul et Ulpien — n'avait en vue qu'un gage translatif de propriété. De même aussi dans le fr. 12, 2, *Dig.* (47, 2) *(infra*, § 24); dans le fr. 4 (13, 7 *supra*, p. 670), etc.

an aes pignori obligaverit, et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur : quod magis est. Tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit [1].

Ce fragment transpose la difficulté envisagée par Sabinus dans le domaine du gage sans dépossession (hypothèque[2]), sans doute inconnu encore au début de l'Empire : aussi ne pose-t-il plus la question de vol. Il est d'ailleurs bien hasardeux de prétendre déterminer ce qui appartient en propre à Ulpien dans ce développement visiblement remanié[3], à en juger du moins par le défaut de concordance des modes et des nombres des verbes (= *si quis adfirmavit... et ita dederit... ; quia non consenserint*[4]*; quia in corpus consensum est;* la mention du stellionat est évidemment ajoutée après coup).

Attachons-nous uniquement à ce qui, dans les textes que nous venons de confronter, spécialement dans les deux premiers, peut provenir de Sabinus. L'existence d'un noyau commun de *Sabiniana* dans ces textes ressort de leur comparaison :

Ulpien (*Dig.*, 13, 7, fr. 36, pr.) :	Paul (*Dig.*, 47, 2, fr. 20, pr.) :
Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est...	Cum aes pignori datur, etiamsi aurum esse dicitur, turpiter fit, furtum non fit.
Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri.	Sed si datum est aurum, deinde, cum dixisset se ponderare aut obsignare velle, aes subiecit, furtum fecit : rem enim pignori datam intervertit.
Quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse.	

L'espèce envisagée dans les deux fragments est la même. Nume-

[1] *Dig.*, 13, 7, fr. 1, pr., 1 et 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 1161, n° 2807; Bremer, II, 1, p. 514. *Basil.*, 25, 1, 1, et les scholies.

[2] Mandry, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, p. 122; Lemas, *Pignus hypothecave*, *Mél. P. F. Girard*, 1912, I, p. 450; Girard, *Manuel*[8], p. 778, 1.

[3] Cf. *supra*, p. 560, n. 3, l'interpolation du fr. 67-66, pr. (*Dig.*, 47, 2).

[4] Il y a lieu de relever aussi l'emploi du nominat. dans *consenserint*. Le texte n'a parlé jusque-là que du débiteur gagiste. Le pluriel *consenserint* vise à la fois le créancier et le débiteur.

rius Negidius, en donnant un gage à Aulus Agerius, a substitué du cuivre à de l'or. Question posée : Quelle action $A^s A^s$ a-t-il contre $N^s N^s$? Réponse de Sabinus (approuvée par Ulpien) : Il faut distinguer : 1° si la substitution a eu lieu après la *datio* du gage[1], c'est l'action *furti;* 2° si elle a eu lieu au moment même de la remise du gage, ce n'est pas l'action *furti*. Le geste de $N^s N^s$ constitue une indélicatesse (= *turpiter factum*), mais non un vol[2]. Sabinus ne s'explique pas davantage sur la sanction donnée dans ce second cas. Peut-être n'en accordait-il aucune[3]? A moins qu'Ulpien n'ait écourté la citation de son auteur pour insister seulement sur sa solution personnelle[4]? Pour Ulpien en effet, qui suit en cela Pomponius, c'est l'action *pigneraticia contraria* qui devra s'appliquer. Ajoutons en outre que, dans la pensée d'Ulpien, l'action *de dolo* fournit un *ultimum subsidium* au créancier gagiste lorsque les actions *furti* et *pigneraticia* sont inapplicables, ce qui explique la place de ce développement dans le commentaire de l'édit *de dolo malo*[5].

Le témoignage de Sabinus, — qui établit l'inexistence de l'action *pigneraticia contraria* au temps de ce jurisconsulte[6], — peut avoir un réel intérêt pour l'histoire du *furtum*. Malheureusement nous ignorons comment Sabinus justifiait sa solution. Paul part de la règle *Furtum fit possessionis*. Pourquoi la substitution opérée après la tradition du gage constitue-t-elle un *furtum?* Parce qu'elle constitue une *interversio possessionis* (= *Rem enim pignori datam intervertit)*; le gagiste est dépossédé de l'objet de son gage. Inversement, la substitution opérée avant la tradition du gage n'est qu'un *turpiter factum*, parce qu'elle ne déplace pas la possession de la *res pignori data*. Evidemment Paul ne pouvait raisonner

[1] Par exemple, dit Paul, sous couleur de peser ou de sceller le métal engagé.

[2] Paul distingue même le cas où le débiteur a remis le cuivre sans rien dire, du cas, plus grave, où il a formellement déclaré que c'était de l'or *(etiamsi aurum esse dicitur = quand même on prétend que c'est de l'or)*. La fausse déclaration n'engage pas plus la responsabilité que la simple réticence.

[3] On peut se demander si Sabinus n'aurait point songé ici à la *condictio ob turpem causam?*

[4] Manigk, *op. cit.*, p. 37.

[5] Voy. aussi le § 1 du même fragment *(Dig.*, 13, 7, fr. 36) : ...Sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem.

[6] Segré, *Sull' età dei giudizii di buona fede, di commodato e di pegno. Studi... Carlo Fadda*, p. 388. 3.

autrement, car il entend sans doute les mots *res pignori data* d'un gage de possession. — Mais ce raisonnement remonte t-il à Sabinus, qui entendait ces mots d'un gage de propriété?

Cela paraît bien probable. Même pour Sabinus le vol commis ne porte que sur la possession. Sans doute le vol commis par la substitution de l'argent à l'or est un *furtum improprium*, puisque le débiteur avait redemandé cet or sous un prétexte quelconque (= pour le peser, pour l'enfermer dans un sac scellé, etc.), et ne l'avait pas soustrait. Mais nous savons que Sabinus ne voit plus dans le *furtum improprium* une cause d'acquisition de la propriété. Le créancier gagiste était resté propriétaire de l'or. Tout porte à croire, ici comme ailleurs[1], que Sabinus admettait la règle *Furtum possessionis fit.*

12

L'assimilation du *furtum improprium* à la *subreptio* est le trait le plus caractéristique, le plus décisif, du renouvellement que Sabinus a fait subir à la théorie du vol. Mais d'autres innovations, de moindre envergure, se joignent à cette innovation capitale. En outre, un effort de systématisation dépassant tout ce qui a été tenté jusque-là contribue à imprimer à la doctrine ainsi renouvelée sa physionomie propre.

Cet effort de systématisation se marque dans toutes les parties de notre sujet. Nous savons déjà que Sabinus a fait siennes, à l'encontre de Labéon, la classification des *genera furtorum* due à Servius Sulpicius[2]. Sans doute la division de Labéon est logiquement mieux conçue. Mais celle de Servius offre à Sabinus l'avantage d'ériger le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum* en *genera* distincts, et,

[1] *Supra*, p. 500 et *infra*, § 25. On n'objectera pas la loi 71, 9 (*Dig.* 19, 5) (*supra* pp. 471 et sqq.), qui attribue l'action *furti* à de simples créanciers, en ce que ces créanciers ne l'exercent qu'après avoir obtenu la *missio in bona*.

[2] Cette classification devait figurer dans les *Libri varia scitis* plutôt que dans le *De furtis* : nous avons montré plus haut (p. 490) qu'elle ne touche qu'aux *furta* civils. Les rédacteurs du *Digeste* qui, comme ceux des *Institutes* (IV, 1, 3), ont adopté la classification de Labéon, ont dû emprunter aux *Libri ad edictum* de Gaius le passage qui la formulait (Gaius, *l. XII ad edict.*, *Dig.* 47, 2, fr. 2 : Furtorum genera duo sunt, manifestum et nec manifestum). Sans doute les *Libri ad Sabinum*, qu'ils ont suivis habituellement, ne leur fournissaient-ils que la division quadripartite que Sabinus avait héritée de Servius.

par conséquent, de les séparer du *furtum manifestum* : et c'est à cette condition seulement qu'il peut concevoir le *furtum manifestum* comme une soustraction.

C'est dans le même esprit que Sabinus a cherché à exprimer en une formule aussi nette que possible la notion qu'il se fait du *furtum*. Cette formule est textuellement citée par Aulu-Gelle :

Quam caste... ac religiose a prudentissimis viris, quid esset furtum, definitum sit, praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit. Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo :

Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur[1].

Gaius, qui suit visiblement la tradition sabinienne, s'exprime ainsi :

Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat[2].

Aulu-Gelle et Gaius insistent tous deux sur ce que la notion du vol, selon la formule qu'ils rapportent, dépasse la notion de *subreptio*. A les croire, on supposerait que Sabinus a voulu élargir la notion de *subreptio* pour y comprendre le *furtum improprium* : car, de leur temps, la soustraction est le vol par excellence. Mais les choses ont dû se passer autrement. Sabinus s'est plutôt efforcé d'accommoder la notion du *furtum improprium* à ses vues, et d'y faire rentrer la *subreptio*.

Remarquons d'ailleurs que la formule proposée par Sabinus n'est pas à proprement parler une définition. Sabinus dit seulement : *Qui alienam rem attrectavit... furti tenetur*. Cela n'implique pas que d'autres, qui n'ont pas manié une *res aliena*, ne soient pas également tenus *furti*. Sabinus donne en quelque sorte un échantillon de *furtum*, mais il ne circonscrit[3] le concept de *furtum* ni en

[1] Gell., *N. A.*, XI, 18, 20. *Supra*, p. 648.

[2] Gaius, III, 195. Cf. *Epitome Gai*, II, 10, 3 : Praeterea si rem alienam invito aut nesciente domino, contingit vel tollit aut de loco movere praesumit, furtum facit.

[3] Cf. Gell., *N. A.*, IV, 1, 12 : Si, inquit (*sc.* Favorinus), ego te nunc rogem, uti mihi dicas et quasi circumscribas verbis, cuiusmodi « homo » sit, non, opinor, respondeas hominem esse te atque me. Hoc enim, quis homo sit, ostendere est, non quid homo sit, dicere.

compréhension, ni en extension. Chez Gaius, le paragraphe 195 se situe au milieu même des développements consacrés au *furtum* : une définition serait mal à sa place au milieu du sujet défini. Les Institutes de Justinien, qui reproduisent ici mot pour mot le texte de Gaius, ne se sont pas crues dispensées pour cela d'insérer en tête du titre *De furtis* la définition du *furtum* attribuée à Paul[1]. Le paragraphe 195 de Gaius représente en réalité une transition entre les développements qui précèdent et ceux qui suivent. Gaius n'avait envisagé jusque-là que des cas de vol-soustraction ; il allait passer à des cas résiduels de vol sans soustraction. D'où la transition, en la forme qui lui est familière[2] : *non solum..... sed etiam*. Après le cas normal (= *furtum... fit... generaliter...*) de vol-soustraction, il allait en envisager d'autres. Il suit de là que notre auteur ne se contredit aucunement[3] lorsqu'il traite un peu plus loin (§§ 200 et suivants) du *furtum suae rei* : Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit.

A défaut d'une définition exhaustive, nous trouvons dans la formule *Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur* un témoignage précieux sur le sens dans lequel Sabinus entend orienter la notion générale de *furtum*. Les éléments qu'il comprend dans cette notion sont : 1° une *attrectatio* ; 2° affectant la chose d'autrui ; 3° et dont l'auteur doit croire agir malgré le maître de cette chose.

Sabinus a appliqué sa formule à un certain nombre de cas. Plusieurs de ses décisions nous sont parvenues, que nous allons passer en revue.

[1] *Inst.*, IV, 1, 1.

[2] Voy. p. ex. Gaius, *Inst.*, I, 97 : Non solum tamen naturales liberi sui nostri sunt, verum et ii quos adoptamus. Adoptio autem duobus modis fit... II, 145-146 : Non tamen ut modo civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra exposuimus... Sed ante omnia, requirendum est, ut... III, 163 : Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nostrum ipsum, sed etiam per eas personas quae in nostra potestate iuris mancipiive sunt. III, 208 : Iniuria autem committitur, non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit...

[3] On ne peut pas dire non plus, comme le fait par exemple Siempaes, *Zur Lehre vom furtum*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, V (1884), R. A., p. 208, que le § 200 énonce une exception au principe posé par le § 195.

13

Le *furtum* suppose une *attrectatio* (ou une *contrectatio*[1]). Nous connaissons le sens originaire d'*attrectare* et de *contrectare;* ces mots signifient *caresser*, *palper*, *manier*[2]. Apparemment, depuis que Labéon avait fondé la théorie de la complicité, le mot *ops*, applicable à la fois à l'acte du délinquant principal et à la participation physique du complice, se prêtait mal à identifier l'élément matériel du *furtum* Sabinus en voulait sans doute un autre, également compréhensif, mais d'où l'idée de *coopération* fut absente. En outre *ops* n'indiquait pas suffisamment peut-être le contact qu'il jugeait nécessaire entre le délinquant et le corps du délit. A tous ces égards, *attrectatio* (ou *contrectatio)* valait mieux. Nous avons conjecturé que Sabinus trouva cette expression chez Varron.

Sabinus requiert-il une *attrectatio* dans tout *furtum?* On en pourrait douter en lisant Aulu-Gelle :

Sed meminisse debemus secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque adtrectatione fieri posse sola mente atque animo, ut furtum fiat, adnitente. Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit[3].

Mais remarquons que c'est Aulu-Gelle, et Aulu-Gelle seul, qui parle d'un *furtum sine attrectatione*. Il renvoie (= *secundum ea, quae supra dixi*) à la condamnation portée par les *veteres* contre le citoyen qui avait dissimulé un fugitif aux yeux de son maître en le masquant avec sa toge[4]. Dans cette espèce, on trouvait bien un geste suffisant à constituer l'*ops* constitutif du *furtum;* mais ce geste,

[1] Sabinus, d'après Aulu-Gelle, employait *attrectare*. D'autres auteurs se servent également de ce mot. Voy. p. ex. Festus, éd. M., p. 133 ; éd. Th., p. 100 : Manticulari dicebantur, qui furandi gratia manticulas attrectabant (M. Lindsay lit pourtant ici *attemtabant)*; et Paul. Diac., éd. M., p. 132; éd. Th., p. 101 : Manticulari dicuntur, qui manticulas attrectant, ut furentur. Paul., *Sent.*, V, 27 : Si quis fiscalem pecuniam attrectaverit, subripuerit, mutaverit... Mais Gaius emploie *contrectare*, que Sabinus a pu aussi employer ailleurs (voy. *supra*, p. 370). La nuance de sens qu'on relève entre ces deux mots est d'ailleurs des plus légères. Voy. *De differentiarum scriptoribus latinis*, éd. Beck (1883), p. 31, 29 : Adtrectat aliquis manu semel, contrectat saepius.

[2] *Supra*, p. 432.

Gell., XI, 18, 23-24. Huschke-Seckel-Kuebler, P. p. 73, 4 : Bremer, II, 1, p. 518, n. 127.

[4] *Supra*, p. 382.

n'impliquant aucun contact entre le délinquant et l'objet volé, ne constituait peut-être pas un attouchement, un maniement, une *attrectatio* ; en tout cas, Aulu-Gelle ne dit point que Sabinus eût adopté le système des *veteres* (= *Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui...*). Il n'y a pas d'apparence que Sabinus ait admis le *furtum sine attrectatione*, se réalisant *sola mente atque animo, ut furtum fiat, adnitente* : nous avons rencontré déjà un *Sabinianum* proclamant que *furtum sine contrectatione fieri non potest*[1], et un autre proclamant que *furtum contrectando fit*[2]. Mais que signifie alors la décision rapportée par Aulu-Gelle ? Comment Sabinus peut-il donner l'action *furti* contre un maître qui a enjoint à son esclave de voler un objet, et qui n'a pas touché audit objet ?

Il faut reprendre la question d'un peu haut, et l'examiner dans le droit du dernier siècle de la République, qui nous est suffisamment connu. Dans ce droit, l'acte matériel accompli exprès suffit à constituer le délit[3]. Si mon esclave a dérobé un objet sur mon ordre, on ne considère pas l'impulsion déterminante qui a déclenché sa décision personnelle. L'action *furti* prend naissance de son chef seulement. Tant qu'il reste en ma puissance, on donne l'action contre moi à titre noxal. Si je l'aliène, on la donne contre le *manumissus* lui-même. *Noxa caput sequitur*[4]. Quant à moi, je ne suis nullement obligé en mon nom propre. Tout cela résulte d'un témoignage de Celse, relaté par Ulpien (*l. XVIII ad edictum*), que nous avons déjà rencontré[5]. Celse y met en parallèle à cet égard les principes posés par la loi des XII Tables et les principes posés par la loi Aquilia :

Celsus... differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum : nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur[6]...

[1] *Dig.*, 41, 2, fr. 3, 18. *Supra*, p. 375.
[2] *Supra*, p. 665.
[3] *Supra*, pp. 383 et sqq.
[4] Cette règle s'applique, dès le XIIe siècle, au cas où l'esclave change de maître. Autrement la clause *noxis furtisque solutus*, déjà connue de Cicéron et de Varron, n'aurait pas de raison d'être dans les ventes. Nous croyons qu'elle s'applique aussi au cas d'affranchissement du délinquant. Toutefois nous ne trouvons pas de témoignage en ce sens avant Labéon (Ulpian., *l. VII ad edict.*, *Dig.*, 47, 10, 5, 17, 7).
[5] *Supra*, p. 96.
[6] *Dig.*, 9, 4, fr. 2, 1.

Ces règles ont paru rigoureuses avec les progrès des mœurs et la réception à Rome de l'éthique grecque. Les jurisconsultes ont tâché de les réformer. Au lieu de s'en tenir à la volonté agissante, ils ont envisagé la volonté déterminante. Ils ont voulu, comme en matière contractuelle, que la volonté fût libre, spontanée, sans vices ; ils ont tenu compte, de plus en plus, des impulsions extérieures. Nous savons déjà que, dans la *vindicatio* de l'action *furti*, le mot *consilio* a tendu à prendre le sens de *dolo malo*. Cette préoccupation générale devait, en notre matière, aboutir : A. à exonérer l'esclave des sanctions du délit commis par obéissance ; B. à transporter ces sanctions contre le maître qui avait ordonné le délit. Les deux résultats se sont effectivement réalisés.

A. Le premier se serait même réalisé de fort bonne heure, à en croire un texte d'Alfenus Varus *(l. II Digestorum)* :

Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet : sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum iussisset. Quare quamvis domini iussu servus piraticam fecisset, iudicium in eum post libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi fecisset, quae vis a maleficio non abesset, ita oportet poenas eum pendere. Sed si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset aut aliqua vis iuris retinendi causa facta esset et ab his rebus facinus abesset, tum non convenit praetorem, quod servus iussu domini fecisset, de ea re in liberum iudicium dare[1].

A prendre ce texte tel quel, il distingue deux sortes de délits : 1° Les délits présentant un caractère particulier de perversité (par exemple le meurtre ou le vol : ils entraînent toujours une sanction contre l'affranchi qui les a commis *iussu domini*. Ainsi, au cas où un esclave a reçu de son maître l'ordre de se faire pirate, tout acte de violence commis par cet esclave avec une intention perverse *(= quae vis a maleficio non abesset)* l'expose à une poursuite après son affranchissement. 2° Les délits que les circonstances (par exemple l'échauffement d'une querelle, la conviction qu'on défend un droit acquis) rendent excusables. L'esclave qui les commet *iussu domini* échappe à la répression une fois affranchi : le préteur ne doit pas délivrer l'action contre lui. La raison est évidente : le délit

[1] *Dig.*, 44. 7. fr. 20. Lenel, *Paling.* I. p. 40. n. 9 ; Bremer, I. pp. 216 et 328. Cf. *Basil.*, 52. 1. 19.

excusable ne peut susciter dans la conscience de l'esclave une réaction assez forte pour qu'il ose s'insurger contre la volonté du maître. Mais le délit prémédité doit le trouver moins obéissant (= *servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet*). Si, par faiblesse ou méchanceté, il exécute l'ordre donné, il manifeste une volonté mauvaise qui lui est personnelle, et c'est à ce titre que la sanction délictuelle continue à l'atteindre[1].

Ainsi, dès le temps d'Alfenus, on aurait admis couramment que l'esclave échappait en général aux actions pénales pour les délits qu'il aurait commis en obéissant à son maître, et Alfenus, réagissant contre les excès de ce système, aurait proposé d'en limiter l'application aux délits excusables. On trouverait même dans ce passage le germe de la distinction, qui a pris tant d'importance, entre les *facinora* (ou *facinora atrocia*) et les autres délits[2].

Ces conclusions seraient valables, si le texte était pur. Mais il est très remanié : remanié par l'éditeur des *Digesta* d'Alfenus, remanié aussi par les compilateurs. Le style, qui contraste si visiblement avec la forme châtiée et sobre d'Alfenus, suffirait à nous mettre en garde[3]. Jamais Alfenus n'eût écrit *quodcumque vi fecisset, quae vis a maleficio non abesset, ita oportet poenas eum pendere*[3].

[1] Voy. une interprétation différente du même texte chez Pernice, *Labeo*, I, p. 118. Pernice semble le considérer comme aggravant la condition antérieure de l'affranchi, qui aurait primitivement échappé dans tous les cas à l'action *furti*. Pour nous, au contraire, il l'adoucit. Anciennement l'affranchi tombait toujours sous le coup de l'action *furti* (et Pernice a fini par le reconnaître : *Labeo*, III, 1, p. 257). Le fr. 20 (*Dig.*, 44, 7) propose de l'y soustraire, en des termes non équivoques : il dit que le préteur refusera l'action : *non convenit praetorem... iudicium reddere*, qui aurait donc dû être donnée sans ce refus.

[2] Sur cette distinction, voy. surtout Ferrini, *Diritto penale romano*, pp. 210 et 299. Cf. Pampaloni, *la Complicità...*, p. 17, n. 14.

[3] Ce n'est pas, malgré les apparences, l'expression *domino dicto audiens esse solet* qui éveille les suspicions : elle est, au contraire, de bonne et ancienne latinité. On la trouve textuellement chez Caius, *De verb. obligat.* [illegible] et on en trouve d'analogues chez Plaute et Gellius. [illegible] *Antiquitates*, I, p. [illegible]. A vrai dire, certains textes juridiques dans lesquels figure l'expression *dicto audiens esse* sont peut-être remaniés, mais sans que les retouches paraissent affecter cette expression même. Ex. : Paul., *l.* XXV *ad edictum*, *Dig.*, [illegible], 2, fr. 21, 1 (où nous croyons la proposition *quamvis... non debeat* interpolée) ; Ulpian., *l.* [illegible] *ad edictum*, *Dig.*, 29, 4, fr. 1, 5 (où les mots *compellandus est*, *non facere* trahissent la main des compilateurs).

[4] La répétition [illegible] *quae vis*, caractéristique de la langue de transition employée par Alfenus (Bonfante, *Diritto*, p. 38, [illegible] du texte [illegible]).

Nous ne savons donc guère quelle espèce examinait le jurisconsulte, ni comment il la résolvait. Nous pouvons affirmer toutefois qu'il ne traitait pas du *furtum*. Les mots *aut furtum alicui facere* sont certainement interpolés. L'interpolation a été démontrée par Mr Pampaloni[1], et admise par Mr P. Krueger et par d'autres[2]. Alfenus ne devait s'occuper que du délit de la loi Aquilia (visé par les mots *si dominus occidere... servum iussisset*). C'est probablement pour ce seul délit que le droit du VIIe siècle épargnait à l'esclave coupable l'action *de damno*, et probablement aussi pour ce seul délit qu'Alfenus voulait rétablir cette action dans les cas graves (lorsque le *damnum* était allé jusqu'au meurtre).

Mais notre texte prouve aussi, par les remaniements mêmes dont dont il a été l'objet, que les règles admises pour l'action de la loi Aquilia ont été étendues plus tard à l'action *furti*[3]. A quelle époque? Sans doute vers l'époque de Celse, qui pose en termes généraux le principe *servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit*, et de Julien, qui conteste l'application de ce principe à l'action de la loi Aquilia[4].

B. En même temps que l'agent matériel du délit échappait à l'action *furti*, l'auteur moral de ce délit tendait à prendre sa place. On tendait à traiter le maître qui avait ordonné à son esclave de voler comme le maître qui avait ordonné à son esclave de vendre ou d'emprunter, et à donner *in solidum* contre lui l'action pénale qui sanctionnait l'infraction, comme on avait donné *in solidum* contre lui l'action restitutive qui sanctionnait le contrat. Mais cette réforme s'est réalisée plus tard pour le *furtum* que pour le *damnum legis Aquiliae*. Le texte de la loi Aquilia différait sensiblement du précepte des Douze Tables sur l'action *furti* noxale ; à la différence de ce dernier, il donnait contre le maître une action *nomine domini*[5]. Celse poursuit, dans le passage dont nous avons transcrit plus haut le début :

[1] Pampaloni, *la Complicità...*, pp. 18-19; *Sopra la condictio furtiva*, p. 80.

[2] Zocco-Rosa, *Ann. dell. Istit. di storia del diritto romano*, XI-XII (1911-1912), p. 378.

[3] Voy. Pampaloni, *la Complicità...*, pp. 16-17, nn. 13-14.

[4] *Dig.*, 9, 4, fr. 2, 1. *Supra*, p. 96.

[5] Voy. Grueber, *The roman law of damage to property*, Oxford, 1886, p. 255; Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867, pp. 217-218; Girard, *les Actions noxales*, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XI (1887), p. 420, 3.

... at in lege Aquilia... dominus suo nomine tenetur, non servi...

Si le précepte de la loi Aquilia autorisait donc l'action dirigée contre le maître en son nom propre, le précepte des Douze Tables ne prévoyait rien de pareil. Et c'est pourquoi l'on a longtemps repoussé l'action *furti* donnée *nomine domini*.

Néanmoins l'extension au *furtum* du principe posé par la loi Aquilia s'est réalisée. Sabinus en a été l'initiateur. Il admettait sans hésiter — ne id quidem Sabinus dubitare se ait... — formule qui traduit bien malgré tout certains doutes [1]) l'action *furti* exercée, *nomine domini*, contre le maître qui avait ordonné à son esclave de voler. Son système, adopté notamment par Neratius [2], et sans doute, en général, par les Sabiniens, a fini par l'emporter [3].

Mais comment concevoir que Sabinus ait pu ainsi se dégager de la lettre des préceptes légaux, alors que ses devanciers ne l'avaient pas osé? Il faut bien admettre que sa théorie nouvelle du *furtum* lui fournissait un appui qui leur avait manqué [4]. Sans doute il se fondait sur sa notion de la *contrectatio*. La *contrectatio* par excellence pour Sabinus, c'était celle par laquelle se réalisait une *subreptio*, un déplacement de possession [5]. Or, dès le temps des *veteres* [6], et *a fortiori* au temps de Sabinus [7], un maître peut acquérir la possession par l'intermédiaire de son esclave. S'il réunit l'élément intentionnel à une prise de possession réalisée par son esclave, il commet un *furtum*, *animo suo*, *corpore alieno*.

Ainsi cette décision de Sabinus n'implique pas, tant s'en faut, qu'un *furtum* puisse se consommer sans *contrectatio*.

[1] Infra, § 19, *in fine*.

[2] Neratius, *l. I Responsorum*, *Dig.*, 47, 2, fr. 81, 1, sur lequel voy. Pampaloni, *la Complicità*..., p. 17, n. 14, *in fine*.

[3] Paul., *Sent.*, II, 31, 28, et Pampaloni, *l. c.*

[4] Cet appui, il ne le trouvait pas dans la théorie de la complicité : le maître ne pouvait être poursuivi à la fois *noxaliter* au nom de l'esclave auteur principal, et *in solidum* comme complice : les deux actions ne se cumulaient pas. Cf. *infra*, § 30. Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva*, p. 81. Le maître n'était tenu *in solidum* qu'au titre d'auteur principal.

[5] *Dig.*, 41, 2, fr. 3, 18.

[6] *Dig.*, 41, 2, fr. 1, 16.

[7] Voy. par exemple *Dig.*, 41, 2, fr. 1, 5.

14

Mais la question était plus délicate pour le cas de complicité que pour le cas de *furtum* principal. Labéon avait proposé d'interpréter *disiunctim* les mots *ope consilio* de la formule[1]; Mela avait accepté cette interprétation[2]. Allait-on l'admettre définitivement ?

L'attitude de Sabinus est précisée par un témoignage d'Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est : nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferret : haec enim furti non admittunt actionem. Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit[3].

Ce passage appartient à Sabinus. Le commentaire de Pomponius, reconnu par Mr Schulz[4], commence ensuite :

Plus Pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum.

Sabinus s'en prend visiblement à la doctrine de Labéon et de Mela. Il affirme qu'il n'y a pas de *furtum* sans une *contrectatio* principale[5]. Donc, pas de complicité *consilio* si le vol ne s'en est

[1] *Supra*, p. 399.

[2] *Supra*, p. 616.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 36, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 1164, n° 2865. Il n'est pas inutile de reproduire ici le texte correspondant des *Basiliques* (60, 12, 36, pr.) : Ὁ συμβουλεύων δούλῳ φυγεῖν, ἢ ἑαυτὸν κατακρημνίσαι, ἢ ἀνελεῖν, οὐχ ὑπόκειται τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ, εἰ μὴ διὰ τὸ ὑπὸ ἑτέρου κλαπῆναι αὐτὸν συνεβούλευσε τὴν φυγήν. Καὶ ὅτε δὲ χωρὶς τούτου συνεβούλευσεν, ἐνέχεται τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ, ἐάν τις τὸν φυγόντα κλέψῃ. Ἐνέχεται καὶ ὁ ὑποφθείρας προφάσει τῶν παρὰ τοῦ φυγάδος κλαπέντων. On voit que ce texte donne l'action *furti* contre le *sollicitator* non seulement quand il a eu l'intention de faire tomber le fugitif aux mains d'un tiers, mais encore quand il n'a pas eu cette intention, et que le fait s'est néanmoins réalisé. Voy. la sch. 7 des *Basiliques* sur ce passage (60, 12, 36 pr.).

[4] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 79.

[5] L'espèce rapportée par Sabinus dans Gell., *N. A.*, XI, 18, 14, repose, quoi que paraisse penser Mommsen (*Röm. Strafrecht*, p. 746, 2, et trad. Duquesne, III, p. 49, 2), sur une idée très différente. Le citoyen qui étend sa toge pour dissimuler l'esclave fugitif aux yeux de son maître fait un geste qui affecte le corps du délit. Au contraire, donner un conseil n'implique aucun geste de ce genre. Le préjudice causé à un maître par un mauvais conseil donné à son esclave n'est pas commis *ope*.

pas suivi. Provoquer par des conseils la fuite de l'esclave d'autrui n'est pas en soi un *furtum*. Mais, par contre, si le vol a effectivement lieu, le *sollicitator* est tenu comme complice du voleur. Il encourt l'action *furti* lorsqu'il était d'accord avec un compère qui s'est emparé du fugitif. Sabinus a donc le premier décidé que *non consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit*[1]. Il est l'auteur de la réaction contre l'interprétation disjonctive que Labéon donnait des mots *ope consilio*, et du retour partiel à l'interprétation conjonctive des *veteres*[2].

15

Tout ce système de Sabinus paraît fortement construit. Sabinus exige, avons-nous dit, pour fonder la complicité, une *contrectatio* principale. Nous n'avons pas dit : un *furtum* principal. Il y a des cas où la *contrectatio* principale ne présente pas les caractères juridiques qui en feraient un *furtum*, et où Sabinus admet pourtant la complicité. A la suite du passage que nous venons d'analyser, nous en trouvons deux autres qui témoignent en ce sens, et qui émanent aussi de Sabinus.

Ulpien, *l. XVI ad Sabinum :*

1. Item placuit eum qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur.

2. Idem Pomponius ait, si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine, quia opem consilium contrectatori tulit. Quod et Sabinus significat[3].

Le § 2 indique lui-même ses origines. Quant au § 1, nous n'hésitons pas à l'entendre comme s'il y avait « *Sabino placuit* »[4].

[1] *Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2. *Supra*, p. 401.

[2] Ce texte pourrait suggérer encore d'autres questions. Notamment, pourquoi Sabinus se tourne-t-il vers l'action *furti* pour réprimer la provocation à la fuite ? Les mauvais conseils donnés à un esclave ne sont-ils pas punis par l'action *servi corrupti ?* Cependant Sabinus ne prononce même pas le nom de cette action. Etait-elle encore inapplicable, de son temps, aux suggestions susceptibles de déterminer un esclave à s'enfuir ? Voy. *supra*, pp. 507 et sqq. Cf. Paul., *Sent.*, II, 31, 33 : Qui servo fugae consilium dedit, furti quidem actione non tenetur, sed servi corrupti ; *Cod. Iust.*, 6, 2, c. 4 ; *Basil.*, 60, 12, 36, pr., sch. 1 : [illegible].

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 36, 1 et 2. Lenel, *Palingen.*, II, c. 1164, n. 805 ; Bremer, II, 1, p. 518. Cf. Ulpian., *l. XXIII ad edictum*, *Dig.*, 11, 3, fr. 11, 2. *Supra*, p. 509.

[4] Cf. Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 5.

Le fils de famille et l'esclave, s'ils dérobent quelque chose au père de famille, ne peuvent être poursuivis *furti*. De même la femme, si elle dérobe quelque chose au mari. Mais le fils de famille, l'esclave ou la femme sont capables du moins de perpétrer une *contrectatio*, et cette *contrectatio* suffit à fonder une complicité (= *quia opem consilium contrectatori tulit)*. Tout cela est fort logique.

Ce qui semble l'être moins, c'est que Sabinus soit parti de là pour admettre que le fils, l'esclave, la femme commettent des *furta* aux dépens du père ou du mari. Des *furta* non munis d'actions, mais des *furta* tout de même. Nous avons déjà conjecturé[1] qu'il existe un *Sabinianum* inclus dans le témoignage d'Ulpien *(l. XXXIX* [*XXIX*, ou *XL* ?] *ad Sabinum) :*

Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur : neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare : idcirco nec actio ei a veteribus prodita est[2].

Pour la femme mariée, Sabinus avait dit de même :

... furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure[3].

Il y a, à parler ainsi, autre chose qu'un intérêt théorique. Si l'on dit que l'esclave, le fils, la femme peuvent voler le *paterfamilias* ou le mari, on pourra baser sur ce *furtum*, non seulement l'action *furti* contre les complices, mais encore l'imprescriptibilité de la loi Atinia contre les détenteurs de la chose dérobée[4]. On doit supposer — bien que la preuve manque — que Sabinus avait réalisé cette extension.

Mais cette théorie, appliquée au fr. 36, 2 *(Dig.*, 47, 2), soulève une difficulté nouvelle[5]. Le voleur est un esclave fugitif, et il n'y

[1] *Supra*, p. 366.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 17, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 1127, n° 2735 : Bremer, II, 2, p. 512. Voy. aussi 47, 2, 17, 1, et, sur ce texte, Ferrini, *Diritto penale romano*, p. 69 ; Pampaloni, *Continuazione e ripetizione di furto. Studi sopra il delitto di furto*, I, p. 100.

[3] *Dig.*, 25, 2, fr. 1. *Supra*, p. 626.

[4] Cf. *Inst. Just.*, 4, 1, 12 : Hi, qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiant, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur, sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci...

[5] L'illogisme du système a frappé Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 746, 2 *(D. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 49, 4), qui d'ailleurs n'analyse pas plus avant la question.

a pas d'autre auteur principal du vol que lui, car le texte n'indique pas que personne se soit emparé des choses qu'il a dérobées. Le larcin ainsi accompli ne répond pas, semble-t-il, à la notion sabinienne du *furtum*. Car Sabinus admet la règle *Furtum possessionis fit*, et il est constant, pour les classiques du moins, que l'esclave ne dépossède pas son maître tant que le *corpus* du délit ne passe pas aux mains d'autrui. Gaius *(l. XXVI ad edict. provinciale)* affirme le principe :

Si is, qui in potestate nostra est, subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res tamdiu non amittimus possessionem, quia per huiusmodi personas adquiritur nobis possessio. Et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest[1].

Voilà donc un conflit entre la règle *Furtum possessionis fit*, d'une part, et la règle d'après laquelle le fugitif est possédé par son maître et possède pour son maître tant qu'il n'a pas été appréhendé par un tiers, d'autre part. Il ne suffit pas, pour résoudre le conflit, d'alléguer ici des dérogations aux principes généraux introduits empiriquement par défaveur pour l'esclavage et dans un but humanitaire[2], il faut une justification historique. On peut chercher celle-ci dans deux directions différentes.

1° On peut penser que, des deux règles, la règle *Furtum possessionis fit* est la plus récente. Ce seraient les devanciers de Sabinus qui auraient admis que le fugitif vole son maître, et Sabinus aurait dégagé plus tard, et de façon indépendante, la règle *Furtum possessionis fit*. — Cette explication manque de consistance. Si elle était exacte, l'évolution aurait tendu à éliminer la survivance illogique. Or, tout au contraire, nous constatons qu'elle a tendu à l'accentuer, en limitant de plus en plus la portée de la règle *Furtum fit possessionis*. Non seulement on a conservé la qualification de *furtum* au larcin commis par l'esclave aux dépens de son maître, mais encore

[1] *Dig.*, 41, 2, fr. 15. Voy. aussi Paul., *Sent.*, 2, 31, 37 : Servus qui in fuga est, a domino quidem possidetur...; Ulpian., *l. XXXIX ad Sabinum*, *Dig.*, 47, 2, fr. 17, 3 : ...quamvis possidere servum eo tempore, quo in fuga est, videor. — Sur le principe, voy. Jhering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. Meulenaere, pp. 98 et sqq.

[2] C'est l'explication de Mommsen, *l. c.*

on a étendu cette qualification à la fuite de l'esclave. On a fini par admettre que l'esclave fugitif se vole lui-même[1]. Ce système a triomphé, au moins en ce qui concerne l'application de la loi Atinia (le fugitif est *res furtiva*[2]), sinon en ce qui concerne la théorie de la complicité (celui qui conseille ou favorise la fuite n'est pas un complice[3]).

2° Il est évident qu'une seule ressource nous reste : c'est d'admettre que la règle *Furtum possessionis fit* est la plus ancienne. Autrement dit, on n'aurait pas encore admis, au temps de Sabinus, la règle *Servus, qui in fuga est, a domino possidetur*. La fuite de l'esclave aurait fait perdre au *dominus* la possession du fugitif et celle des choses qu'il emportait. Nous savons en effet qu'il en était ainsi au temps de Nerva, et même de Pomponius[4].

16

Dans la suite du passage d'Ulpien, dont nous venons d'analyser plusieurs parties (*l. XLI ad Sabinum*), on retrouve l'application de plusieurs principes déjà exposés.

Si duo servi invicem sibi persuaserunt et ambo simul aufugerunt, alter alterius fur non est. Quid ergo, si invicem se celaverunt? Fieri enim potest, ut invicem fures sint. Et potest dici alterum alterius furem esse, quemadmodum si alii singulos subri-

[1] Ulpian., *l. XXXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 17, 3 : ... quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Iulianus scribit. Dicit igitur Pomponius libro septimo decimo ex Sabino competere furti actionem huic domino, cuius servus in fuga fuit.

[2] African., *l. VII Quaestionum. Dig.*, 47, 2, fr. 61 : Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intellegitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit. Const. de Dioclétien et Maximien (a. 286). *Cod. Iust.*, 6, 1, const. 1 : Servum fugitivum sui furtum facere et ideo non habere locum nec usucapionem nec longi temporis praescriptionem manifestum est... Desjardins, *Traité du vol*, pp. 87-88; cf. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 737, 1 (trad. Duquesne, III, p. 38, 3).

[3] Outre notre témoignage de Sabinus, recueilli par Ulpien et inséré au *Digeste*, nous citerons un fragment de Marcien, *l. IV Regularum. Dig.*, 47, 2, fr. 63 : Furtum non committit, qui fugitivo iter monstravit. Cf. Pampaloni, *la Complicità*, pp. 36-37, n. 23.

[4] Paul., *l. LIV ad edictum. Dig.*, 41, 2, fr. 1, 14; Pomponius (la rubrique du fragment porte, mais par erreur, le nom de Modestin), *l. XXXI ad Quint. Mucium. Dig.*, 41, 1, fr. 54, 4. Sur ces textes, voy. Kniep, *Vacua possessio*, Iéna, 1886, I, pp. 145-146.

puissent, tenerentur, quasi alter alterius nomine opem tulisset[1] : quemadmodum rerum quoque nomine teneri eos furti Sabinus scripsit[2].

Evidemment, Sabinus n'est pas l'auteur du passage tout entier. La phraséologie embrouillée — on dirait presque l'écholalie — du développement sur le recel qu'amorcent les mots *Quid ergo, si*, et cette forme d'interrogation même[3], mettent d'abord en défiance. Les mots *Fieri enim potest ut invicem fures sint* ne s'accordent pas avec ce qui précède[4], et font double emploi avec ce qui suit, sans compter que, des deux formules qui se répètent, c'est la seconde *(Et potest dici...)* qui est la moins affirmative. Enfin, pour résoudre la question de recel, le texte renvoie, — par des *quemadmodum* dont le second au moins paraît singulièrement employé, — à des solutions considérées comme certaines, dans lesquelles il s'agit non de recel, mais de soustraction. De ces solutions, la dernière est placée expressément sous l'autorité de Sabinus, et la première correspond trop à la doctrine de cet auteur pour qu'elle ne lui appartienne pas.

Donc, quelque hésitation qu'on éprouve à démêler dans ce passage la contribution de Sabinus, d'une part, et celle d'Ulpien ou des compilateurs, d'autre part, il y a des chances pour que la mention du recel ne provienne pas de Sabinus : cet auteur n'en avait pas plus traité dans notre paragraphe que dans aucun des paragraphes précédents du fr. 36, que nous avons déjà analysés. La conclusion s'impose quand l'on compare les éléments de ce paragraphe 3 aux principes que nous avons pu précédemment attribuer à Sabinus.

[1] La *Florentine* porte *tulissent*.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 36, 3. Lenel, *Paling.*, II, c. 1164, n° 2855. Bremer, II, 1, p. 518. *Basil.*, 60, 19, 36, 2.

[3] M. Beseler, *Beiträge*, I, pp. 61-69, ne s'en est pris qu'au *quid enim si...?* Le *quid ergo si* pourrait participer de la même suspicion. Assurément beaucoup des passages qui commencent ainsi sont purs; mais il y en a peut-être moins qu'on ne croit. Voy. p. ex. *Dig.*, 7, 1, fr. 70, pr., où l'interpolation des mots *nec supplent* dans la phrase *Quod ergo si non faciat ne supplet?* est généralement admise; et *Dig.*, 24, 1, fr. 32, 11, dont le style révèle l'interpolation, et qui appartient à un développement dont M. Kreller a signalé l'origine byzantine.

[4] Mommsen, suivi par M. Bremer, veut corriger ici le texte et lire *Fieri potest...?*

3. Si duo servi invicem sibi persuaserunt et ambo simul aufugerunt, alter alterius fur non est.

Quid ergo, si invicem se celaverunt? Fieri enim potest ut invicem fures sint. Et potest dici alterum alterius furem esse, quemadmodum si alii singulos subripuissent tenerentur,

quasi alter alterius nomine opem tulisset :

quemadmodum rerum quoque nomine teneri eos furti Sabinus scripsit.

Pr. Qui servo persuasit ut fugeret,
fur non est.

Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit.

2. ... Si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri... Quod et Sabinus significat.

Pour préciser nos idées, nous admettrons que Sabinus avait écrit quelque chose comme ceci :

Si duo servi invicem sibi persuaserunt et ambo simul aufugerunt, alter alterius fur non est. Sed potest dici alterum alterius furem esse, si alii singulos subripuerunt, quasi alter alterius nomine opem tulisset. Idem dicendum est si cum rebus aufugerunt fugitivi.

Le remaniement que nous avons constaté ici n'est pas isolé. Dans beaucoup d'autres textes, nous verrons que les mentions relatives au recel et à l'*animus celandi*, attribuées à Sabinus, ont été systématiquement retouchées[1].

17

Sabinus avait étudié les applications du précepte *Servi nostri furtum nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur*, dans certains cas susceptibles de faire difficulté. L'un de ces cas est rapporté par Ulpien *(l. XXXIX*[2] *ad Sabinum) :*

Cum... servus quem emi traditusque mihi est[3], a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus numquam fuisset, sed et fuit et desiit. Ideirco dicit Sabinus eum, si furtum fecit, in ea esse causa, ut furti eius nomine is qui redhibuit agere

[1] *Infra*, § 18.

[2] *XXIX* ou *LX? Supra*, p. 366, 2.

[3] Ulpien avait peut-être écrit *mancipioque accepi* au lieu de *traditusque mihi est*.

non possit. Sed etsi non possit, attamen ratio haberi debet eius quod fecit, cum redhiberi coeperit, idque actione redhibitoria continetur[1].

J'ai acquis la propriété d'un esclave, à la suite d'une vente. Je fais résoudre la vente par l'action résolutoire édilicienne (action *redhibitoria)* qui sanctionne la révélation de vices cachés, peut-être aussi le simple déplaisir de l'acheteur[2]. En principe, la vente est anéantie avec tous ses effets : Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit[3]. Toutefois, ce principe ne saurait s'appliquer à la lettre. On ne peut traiter l'esclave comme s'il ne m'avait jamais appartenu : en fait, il m'a appartenu. D'où cette conséquence indiquée par Sabinus : si l'esclave a commis un vol à mes dépens avant la rédhibition, je ne puis pas intenter l'action *furti* noxale contre mon vendeur[4]. Mais du moins j'ai droit à une indemnité : elle me sera assurée par l'action *redhibitoria*. Le juge la comprendra sans doute dans son *arbitrium*[5].

Sans doute la phrase *Sed etsi non possit... continetur* n'appartient pas à Sabinus : elle rompt l'unité du développement, consacré uniquement à l'exclusion de toute action *furti* du maître à raison du vol commis à ses dépens par son esclave. Cette phrase est même assez embarrassée[6] pour qu'on se demande si elle appartient à Ulpien ou aux compilateurs.

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 17, 2. LENEL, *Paling.*, II, c. 1127, n° 2735 ; BREMER, II, 1, p. 523. Cf. *Basil.*, 60, 12, 17, 2.

[2] LENEL, *Edictum*[2], p. 537 ; *Edit.* II, p. 314 ; GIRARD, *Manuel*, p. 722, 2.

[3] PAUL., *l. LXIX ad edict. Dig.*, 21, 1, fr. 60.

[4] La solution contraire serait admise au temps de PAUL, à en croire le fr. 58, *Dig.* (21, 1). Mais la proposition qui l'énonce commence par *nisi* (sinon, par exemple si servum noxae nomine relinquere), et pourrait bien provenir des compilateurs.

[5] LENEL, *Edictum*[2], p. 533, 2 ; *Edit.* II, p. 308, 2. Sur l'idée qui sert de base à cette solution, voy. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, I, Berlin, 1912, p. 34.

[6] *Etsi non possit* a pour sujet sous-entendu *is qui redhibuit*, tandis que *fecit*, *coeperit* ont pour sujet *servus*. *Eius quod fecit* est une périphrase singulièrement vague pour désigner le *furtum* de l'esclave. Notons aussi que la tournure passive *ratio haberi debet* n'est pas moins suspecte que la tournure *ratio habenda est* qu'on rencontre dans des textes interpolés (p. ex. *Dig.*, 30, 17, fr. 173, pr. ; 42, 1, fr. 49, 1). HEUMANN-SECKEL[9], v° *Ratio*, p. 491. — Cette note était écrite lorsque parut le IIIe vol. des *Beiträge* de M. BESELER, dans lequel ce savant conclut (p. 39), pour des raisons en partie différentes de celles que nous venons d'adopter, à l'interpolation de la phrase *Sed etsi... continetur*.

18

Sur la question du recel, intimement liée à celle de la *contrectatio*, il existe un témoignage d'Ulpien qui contient un *Sabinianum (l. XLII ad Sabinum) :*

Qui furem novit, sive indicet eum sive non indicet, fur non est, cum multum intersit, furem quis celet an non indicet : qui novit, furti non tenetur, qui celat, hoc ipso tenetur [1].

Le *Sabinianum* s'étendrait, d'après M. Schulz [2], jusqu'aux mots *an non indicet* inclusivement. La phrase *qui novit... tenetur*, qui résume en forme de brocard la solution précédente, serait seule d'Ulpien. Nous croyons, quant à nous, que les mots *cum multum intersit, furem quis celet an non indicet,* — qui ne sont pas irréprochables en la forme [3], — n'appartiennent pas non plus à Sabinus. Tandis que la partie initiale du texte n'oppose au *non indicare* que l'*indicare*, la proposition *cum multum intersit* introduit un ordre d'idées nouveau, et oppose au *non indicare* le *celare*. La portée de cette observation s'accroît si l'on confronte notre texte avec un autre texte qui l'avoisinait originairement [4] dans le livre XLII *ad Sabinum* d'Ulpien :

Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur : quae res non facit eos fures [5]...

Là encore il ne s'agit que d'*indicare* ou de *non indicare*. Mais surtout les mots *quae res non facit eos fures* doivent retenir l'atten-

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 48, 1; Lenel, *Paling.*, II, c. 1169, n° 2882. Cf. *Basil.*, 60, 12, 48, 1 : Ὁ γινώσκων τὸν κλέπτην, κἂν μὴ καταμηνύσῃ αὐτόν, οὐκ ἐστι κλέπτης. Ὁ δὲ κρύπτων τὸν κλέπτην, κλέπτης ἐστίν. Voy. aussi *Cod. Iust.*, 6, 2, const. 4.

[2] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 83.

[3] *Utrum* manque peut-être après *intersit*. Cf. Ulpian., *l. LXXIV ad edict. (Dig.*, 2, 11, fr. 4, 5) : Puto interesse, utrum per errorem satisdato promissum est, an ex conventione. Mais voy. pourtant Riemann-Lejay, *Syntaxe latine*[5], p. 281.

[4] Voy. l'ingénieuse restitution d'ensemble proposée par Mr Lenel, *Paling.*, II, c. 1169, n° 2882.

[5] *Dig.*, 19, 5, fr. 15. Cf. Ulpian., *l. XXVI ad edictum. Dig.*, 12, 5, fr. 4, 4 : Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices vel furem rerum mearum, non poterit repeti quod datum est : nec enim turpiter accepisti. Quod si a fugitivo meo acceperis, ne eum indicares, condicere tibi hoc quasi furi possim : sed si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere.

tion[1]. Pourquoi l'auteur spécifie-t-il que la dénonciation ne constitue pas un *furtum*? Nous aurions plutôt supposé, et le parallèle fait au fr. 48, 1 (*Dig.*, 47, 2) entre le *celare* et le *non indicare* nous y amenait naturellement, que c'est la réticence qui devrait passer pour un *furtum*. Il n'en est rien : donc, en opposant, au point de vue de l'existence du *furtum*, le *celare* au *non indicare*, le fr. 48, 1 (*Dig.*, 47, 2) contredit implicitement le fr. 15 (19, 5). Nous avons là un indice de plus tendant à établir que le fr. 48, 1 (*Dig.*, 47, 2) n'a pas conservé sa forme originaire, à partir des mots *cum multum intersit...*

Au fond, d'ailleurs, le développement *cum multum intersit... hoc ipso tenetur* n'a pas sa place dans le système de Sabinus. Quelle action *furti* pourrait-on intenter contre celui *qui furem celat?* Ce n'est pas une action basée sur un *furtum ope consilio factum*. La complicité proprement dite suppose des actes qui précèdent ou accompagnent l'action principale. Mais on ne conçoit pas une complicité postérieure à l'infraction, puisqu'il est matériellement impossible de prendre part, même indirectement, à un délit qui est déjà consommé[2]. Notre Code pénal français commet un abus de langage en parlant de complicité à propos du recel. Mais peut-on admettre, alors, que Sabinus songeait à une action *furti concepti?* Pas davantage. Sabinus appelle *furtum conceptum* la *res furtiva* saisie après perquisition[3]; il n'y comprend point le *fur* lui-même, saisi avec ou sans la *res furtiva*. L'extension de la théorie du recel des choses au recel de personnes n'a donc pu se réaliser qu'après Sabinus.

Mais comment expliquer les remaniements de textes dont nous venons de rencontrer un second exemple, qui ont pour objet d'adapter à des questions de recel des textes qui primitivement n'en

[1] Peut-être ces mots jettent-ils une lueur sur la préhistoire du *furtum*. N'aurait-on pas originairement nommé [illegible] ou *fur* l'auteur même de la perquisition domiciliaire pour vol [illegible]? Le *fur* n'était-il pas celui qui [illegible] que [illegible]? Cf. l'étymologie du mot *furo* [illegible] *furet*) donnée par [illegible] *Orig.*, XII, 2, 39. *Supra*, p. 428. Nous nous bornons à poser la question, nous réservant d'y revenir dans le deuxième volume de ces *Etudes*.

[2] Garraud, *Précis de droit criminel*[7], 1912, p. 436.

[3] Gell., N. A., XI, 18, 9 : Ea quoque furta, quae per lanceam [illegible] essent... Gaius, III, 186 : Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit.

disaient rien ? Le mot de l'énigme est probablement donné par le passage des Institutes que nous avons déjà transcrit[1] :

...merito.. praefatae actiones (*i. e.* concepti, oblati, furti prohibiti et furti non exhibiti) ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt[2].

L'action *furti concepti* était tombée en désuétude dès avant le temps de Justinien ; il est probable que cet empereur en a supprimé les dernières survivances, et qu'il a rattaché aux textes traitant de l'action *furti nec manifesti* les seules applications pratiques que l'action *furti concepti* eût conservées : ses applications au recel[3].

Concluons, en ce qui concerne le fr. 48, 1 (*Dig.*, 47, 2) : Sabinus s'était borné à affirmer qu'on ne commet pas un *furtum* parce qu'on connaît la retraite d'un voleur, qu'on le dénonce ou qu'on ne le dénonce pas[4].

19

Le *furtum*, aux yeux de Sabinus, porte normalement sur une *res aliena*. De ce principe nous trouvons l'application dans plusieurs textes.

L'un d'eux (Ulpien, *l. XXX ad Sabinum*) a trait au vol commis par un associé sur la chose commune :

Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet[5].

La phrase *Rei communis nomine... dolove malo amovit*

[1] *Supra*, p. 660, n. 2.

[2] *Inst.*, IV, 1, 4, *in fine*.

[3] Notre conjecture entraîne une suspicion d'interpolation contre un certain nombre de textes. Nous en retrouverons plusieurs par la suite (*infra*, §§ 19 : 22). Certains textes n'ont pas été retouchés, parce que leur teneur pouvait sans changements s'appliquer aussi bien au droit de l'action *furti nec manifesti* qu'à celui de l'action *furti concepti*. Tel est le cas pour Ulpian., *l. I ad edictum* (*Dig.*, 11, 4, fr. 1, pr.) : Is qui fugitivum celavit, fur est.

[4] Il n'y a donc pas lieu de retenir les explications que donnent du fr. 48, 1 (*Dig.*, 47, 2) par exemple Desjardins, *Traité du vol*, p. 96, et Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 747, 1 (*Dr. pén. rom.*, trad. Duquesne, III, p. 51, 1).

[5] *Dig.*, 17, 2, fr. 45. Lenel, *Paling.*, II, c. 1130, n° 2745 ; Bremer, II, 1, pp. 496 et 514. *Basil.*, 12, 1, 45, et les scholies.

provient de Sabinus. Mr Lenel l'a établi[1] en s'appuyant sur les termes du commentaire qui suit :

Merito autem adiectum est ita demum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit, quia, cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur : et sane plerumque credendum est eum, qui partis dominus est, iure potius suo re uti quam furti consilium inire[2].

Quant aux mots « *vel rem communem celandi animo contrectet* », Mr Lenel les tient à bon droit pour une interpolation ou un glossème[3].

Ce passage figurait parmi les developpements que Sabinus consacrait à la *societas* et à la *communio*[4]. Mais le jurisconsulte devait avoir examiné aussi la même question dans la partie de ses *Libri iuris civilis* consacrée au *furtum* ; car Ulpien en traitait également dans son livre XLI *ad Sabinum* :

Si socius communis rei furtum fecerit (potest enim communis rei furtum facere), indubitate dicendum est furti actionem competere[5].

La question qu'envisageait Sabinus n'avait guère dû se poser à ses devanciers, si c'est bien lui qui a le premier défini le *furtum* comme portant sur une *res aliena*. Sabinus estime que la chose indivise est *res aliena* pour une certaine part. Et son opinion, acceptée par Ulpien et par Justinien, a certainement triomphé. On peut penser toutefois que ce n'est pas sans quelques résistances[6]. Nous n'avons pas trace, à vrai dire, d'une controverse portant directement sur ce point ; mais nous savons qu'une controverse portant sur un point voisin avait divisé Nerva et Cassius d'une part, Sabinus et Proculus de l'autre. Nerva et Cassius refusaient d'appeler *furtum* le fait de la femme qui détourne des biens dotaux

[1] Lenel, *Paling.*, II, c. 1130, 1 ; *Sabinussystem*, p. 63 (suivi par Kipp, *Kritische Vierteljahresschrift*, XXXIII, 1891, p. 539 ; Bremer, II, 1, pp. 406 et 544 ; Schmidt, *Sabinusfragmente*, pp. 69-70) ; Jörs, v° *Domitius Ulpianus*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, V, c. 1443.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 51, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 1130, n° 2[illegible].

[3] *Sabinussystem*, p. 63, 2, suivi par P. Krüger, *Digesta* [illegible] Contra Kipp, l. c., pp. 53[illegible], 5[illegible].

[4] *Sabinussystem*, pp. 62-63.

[5] Mommsen veut effacer ici les mots *communis rei furtum fecerit*.

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 43. Lenel, *Paling.*, II, c. 1107, n° 2[illegible]. Justin. [illegible] 1[illegible], 2.

[7] Notons l'expression *indubitate dicendum est*, qui n'est pas sans trahir certaines hésitations. Cf. *supra*, p. 689, n. 1.

« quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret[1] ». Sabinus et Proculus, au contraire[2], n'hésitaient pas à voir là un *furtum*[3].

Remarquons que Sabinus semble adopter ici une définition nouvelle du *furtum* : celui-ci résulterait d'une *contrectatio* dolosive *(per fallaciam dolove malo)*. Cela se comprend : l'idée d'une *contrectatio invito domino* est inadmissible lorsque le *contrectans* est copropriétaire du corps du délit. Et force est à Sabinus de s'en tenir encore dans ce cas à l'idée d'une *contrectatio* dolosive. Mais cela n'implique aucunement la reconnaissance par Sabinus, et même par son commentateur, d'une définition générale analogue à celle de Paul : *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*[4]. Tout au plus Sabinus eût-il dit : *Fur est qui dolo malo rem suam contrectat.*

20

Un autre témoignage s'occupe des choses sans maître apparent. Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

4. Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit : nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret. 5. Quod si dominus id[5] dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero : nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat : in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus[6].

Qu'il y ait dans tout ce passage un noyau primitif de *Sabiniana*, cela est hors de doute : le témoignage d'Aulu-Gelle[7] suffit à établir que la phrase *Qui alienum quid iacens... sive ignoravit* est presque textuellement empruntée à Sabinus[8].

[1] Paul., *l. VII ad Sabin. Dig.*, 25, 2, fr. 1. *Supra*, p. 626.

[2] ... aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure. Le raisonnement de Sabinus est évidemment un raisonnement d'anomaliste. *Infra*, c. xvi, §§ 10 et sqq.

[3] Cf. Zanzucchi, *il Divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi. Riv. ital. per le scienze giurid.*, XLII (1906), pp. 75-76.

[4] Paul., *Sent.*, II, 31, 1.

[5] *Quid ?* Bremer, II, 1, p. 513, 114.

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 43, 4 et 5. Lenel, *Paling.*, II, c. 1166, n° 2870; Bremer, II, 1, pp. 515 et 513. *Basil.*, 60, 12, 43, 4 et 5, et sch. 11-15.

[7] *Supra*, p. 648.

[8] Bremer, II, 1, p. 404; p. 515; Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 80.

Gell., XI, 18, 21.	Ulpian., *l. XLI ad Sabinum.*
Qui alienum iacens	Qui alienum quid iacens
lucri faciendi causa sustulit,	lucri faciendi causa sustulit,
furti obstringitur, sive scit	furti obstringitur, sive scit
cuius sit sive nescit.	cuius sit sive ignoravit[1].

Mais les historiens sont divisés sur la question de faire la part de Sabinus et d'Ulpien dans ce qui suit. M. Lenel attribue encore à Sabinus la phrase *Nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret.* Mr Kipp, suivi par MM. Bremer et Schulz, l'attribue avec plus de vraisemblance à Ulpien[2] : le mot *enim* annonce en effet un commentaire des mots *sive scit cuius sit sive ignoravit.* Le développement *Quod si dominus... quam derelinquimus*, écrit pour commenter de même le mot *alienum*, appartient probablement à Ulpien[3]. Nous l'avons rapporté parce qu'il rappelle une *sententia* de Sabinus, approuvée par Cassius : d'ailleurs cette *sententia* ne provient pas nécessairement du texte commenté.

Il s'agit dans ce passage de l'application de la théorie du *furtum* aux choses sans maître apparent, par exemple aux choses qu'on trouve par terre *(res iacentes)*. Sabinus la fonde sur sa définition du *furtum : Qui alienam rem attrectavit.* Le vol porte sur la chose d'autrui. Il faut et il suffit, en général, pour qu'une chose privée puisse faire l'objet d'un vol, qu'elle appartienne à autrui. D'où la distinction entre le cas où la *res iacens* a effectivement un propriétaire, et celui où elle n'en a pas.

a) A-t-elle un propriétaire? Celui qui s'en empare pour se l'approprier (= *lucri faciendi causa*), dit Sabinus, commet un *furtum*. C'est par exemple ce qui arrive pour les choses perdues[4]. Peu importe que le voleur sache ou ignore qui est le propriétaire. Notons ici l'exigence de l'intention lucrative. Nous ne l'avions pas ren-

[1] Sur les légères différences de ces deux témoignages, voy. Kipp, *Kritische Vierteljahresschrift*, XXXIII (1891), pp. 537-538.

[2] Kipp, p. 542 ; Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 6 ; pp. 80-81 ; Jörs, v° *Domitius Ulpianus* (Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, V), p. 1443.

[3] Et les mots *etiamsi ego furandi animum habuero* ne sont peut-être pas d'Ulpien : remarquons, en effet, que le texte passe subitement de la troisième à la première personne (*Qui alienum... sustulit : — etiamsi ego habuero*).

[4] Cela s'appliquerait aussi au *thensaurus* au sens ancien du mot. Paul., *l. XXXI ad edictum*, *Dig.*, 41, 1, fr. 31, 1.

contrée jusqu'à présent parmi les conditions générales du *furtum :* ordinairement l'intention délictueuse ressort suffisamment de ce que le voleur agit ou croit agir *invito domino.* Mais nous sommes ici dans un cas spécial[1]. Le voleur qui recueille une chose perdue ne doit pas croire agir *invito domino*, s'il a l'intention de rechercher le *dominus* et de lui remettre la chose. Il ne doit présumer le mauvais gré du *dominus* que s'il entend garder la chose pour lui.

b) La chose n'a-t-elle vraiment pas de propriétaire, soit qu'elle n'en ait jamais eu, soit qu'elle n'en ait plus? Elle est susceptible d'occupation, et l'occupation n'est pas un *furtum*[2], mêm si l'occupant est de mauvaise foi, et s'imagine nuire à un propriétaire. Ulpien traite spécialement, à ce propos, des choses abandonnées, et il rappelle l'opinion Sabinienne d'après laquelle la *derelictio* fait perdre immédiatement la propriété au *derelinquens*[3] (tandis que les Proculiens admettaient qu'elle ne l'en dépouillait que quand quelqu'un prenait possession de la chose[4]). Sabinus avait-il déjà fait cette application de sa théorie? Nous l'ignorons[5]. En tout cas, le développement d'Ulpien s'accorde avec elle.

21

Le *furtum* résultant de l'*attrectatio rei alienae* n'existe, poursuit Sabinus, qu'autant que l'*attrectans* a dû croire qu'il agissait contre la volonté du propriétaire : « Cum id se invito domino facere iudicare deberet. » Gaius et Justinien emploient une formule plus

[1] Hitzig a donc le tort de s'exprimer en termes trop généraux, v° *Furtum,* dans la *Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa, VII, c. 387. Voy. aussi Marton, *op. cit.*, p. 79.

[2] Voy., pour le miel des abeilles sauvages, Gaius, *l. II rerum cottidianarum. Dig.*, 41, 1, fr. 5, 3; et surtout Paul., *l. IX ad Sabinum. Dig.*, 47, 2, fr. 26, pr. (où l'on peut soupçonner un *Sabinianum).*

[3] Czyhlarz, *Die Eigenthumserwerbsarten* (Glueck, *Pandektencommentar, ll. 41-42*), I, Erlangen, pp. 122-123.

[4] *Dig.*, 41, 7, fr. 2, 1. D'ailleurs, ce système n'amenait pas les Proculiens à considérer l'occupation des *res derelictae* comme un *furtum.* La chose occupée avait bien un *dominus*, mais ce *dominus* était censé consentir à la prise de possession par l'occupant. L'occupation avait lieu *volente domino*, et les Proculiens y voyaient une sorte de tradition : Girard, *Manuel*[5], p. 317, 8 ; Czyhlarz, *Die Eigenthumserwerbsarten*, pp. 113 et sqq.; p. 123, 91.

[5] Servius désignait encore du nom de *fur* l'homme qui avait soustrait une chose sans maître (*Dig.*, 47, 2, fr. 77, 1. *Supra*, p. 493).

ramassée[1] (= *invito domino*), mais moins significative. Sabinus, nous allons le voir une fois de plus, ne parle pas pour ne rien dire[2]. L'*attrectans* est tenu pour voleur s'il a dû, vu les circonstances, présumer l'opposition du propriétaire à l'*attrectatio*.

Les devanciers de Sabinus n'avaient pas formulé de règle en ce sens[3]. Labéon, notamment, ne s'occupait de l'opposition du volé que pour le *furtum proprium*, et il exigeait dans ce cas, ou bien que le volé eût ignoré la soustraction, ou bien qu'il eût vainement tenté de l'empêcher[4]. Il ne se contentait pas du défaut de consentement moral. Il n'aurait pas dit, par conséquent, que la *subreptio* doit avoir lieu *invito domino*.

Mais c'est pour le *furtum improprium* que la question a dû se poser. Dans le *furtum improprium*, le déplacement initial de détention se réalise *sciente et volente domino*, et le détenteur reçoit du *dominus* certains droits sur la chose, qui varient selon la convention intervenue. Vient-il par la suite à manier cette chose ? L'élément subjectif du *furtum improprium* réside alors dans la conscience qu'il doit avoir d'outrepasser ses droits et de manquer aux accords exprès ou tacites par lui consentis. L'idée est clairement indiquée par Gaius :

Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum ; at si permissurum credant, extra furti crimen videri ; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur[5].

Le développement doctrinal indiqué par Gaius (*placuit*) a-t-il Sabinus pour auteur, ou remonte-t-il plus haut que lui ? Nous l'ignorons.

Toujours est-il, du moins, que c'est Sabinus qui a étendu à tout *furtum* la formule *cum id se invito domino facere indicare deberet*. Un indice nous révèle son intervention en ce sens : l'effort qu'il

[1] Gaius, *Inst.*, III, 195 : ... sed generaliter eum quis rem alienam invito domino contrectat. *Inst. Just.*, IV, 1, 6.

[2] Voy. *supra*, p. 543, n. 3, un exemple précisant la différence des deux formules.

[3] D'où le danger qu'il y a à se servir de la définition sabinienne du *furtum* pour une époque antérieure à Sabinus. Cf. p. ex. Perrot, *Droits d'asile*, [illegible], p. 3[illegible].

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 92. *Supra*, p. 547.

[5] Gaius, *Inst.*, III, 197.

a fait pour établir un lien de filiation entre les mots *furtum* et *fraus*.

On sait en effet, d'après le témoignage de Paul *(l. XXXIX ad edictum)*, qu'il a combattu l'étymologie du mot *furtum* adoptée par Labéon, et qu'il en a proposé une nouvelle :

Furtum a furvo.... dictum Labeo ait.... ; vel a fraude, ut Sabinus ait[1].

Lorsque les jurisconsultes romains se livrent au jeu des étymologies, ce n'est guère par curiosité désintéressée. Ils cherchent des armes pour défendre des solutions pratiques[2]. En reliant *furtum* à *fraus*, Sabinus entend marquer que la *fraus* est un élément du *furtum*. Or *fraus*, dans son acception technique ancienne, signifie *manquement à la foi promise*, *abus de confiance*[3], et, par conséquent, si le *furtum improprium* est bien une *fraus*, le *furtum proprium* n'en est pas une. En proclamant en termes généraux que *furtum* vient de *fraus*, Sabinus assimile à cet égard la *subreptio* à l'abus de confiance. Il prépare, ou il confirme, l'extension à la *subreptio* de la formule *cum id se invito domino facere iudicare deberet*[4]. Et c'est en s'appuyant sur l'étymologie sabinienne du mot *furtum* que l'on pourra plus tard réformer la définition Sabinienne du délit correspondant : aux mots *cum id se invito domino facere iudicare deberet*, on substituera la simple épithète *fraudulosa (contrectatio)*.

Remarquons d'ailleurs que, dans le texte précité de Gaius, le précepte *Furtum sine dolo malo non committitur* n'appartient pas à l'auteur du développement doctrinal annoncé par le mot *placuit* : ce précepte est annexé comme justification à un commentaire approbateur *(optima sane distinctione...)*, qui a évidemment une autre source. Rien ne permet par ailleurs d'attribuer à Sabinus la

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 1, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 1046, n° 563 ; Bremer, II, 1, p. 382. Il n'y a pas de bonne raison de révoquer en doute l'attribution de cette étymologie à Masurius Sabinus. C'est gratuitement qu'on a proposé de l'attribuer à Caelius Sabinus (Ceci, *le Etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892, p. 115. Ce même auteur parait croire, p. 58, que l'étymologie de Labéon est postérieure à celle de Sabinus).

[2] Voy. Ceci, pp. 56 et sqq.

[3] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 213. *Supra*, p. 562.

[4] Cf. Ulpian., *l. LXVI ad edict. Dig.*, 42, 8, fr. 6, 9, et 50, 17, fr. 145 : Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt

règle *Furtum sine dolo malo non committi*[1]. Labéon avait bien fait admettre qu'*inest dolo et fraus*[2] ; mais doit-on croire qu'il avait fait admettre, en sens inverse, qu'*inest fraudi et dolus* ?

22

Où Sabinus avait-il pris la terminologie qu'il inaugure dans sa définition pour caractériser l'élément subjectif du *furtum* ? Il semble que ce soit dans la loi *Fabia de plagiariis*. Celle-ci, dans son second chapitre, punissait le fait de cacher, de retenir enchaîné, ou de vendre l'esclave d'autrui *invito vel insciente domino*[3]. C'est en effet à propos du vol de l'esclave d'autrui qu'il étudie certaines difficultés d'application suscitées par sa définition ; et même, dans un témoignage, il se réfère expressément au *crimen plagii*. Ce témoignage est rapporté par Ulpien (*l. XLII ad Sabinum*) :

2. Qui ex voluntate domini servum recepit, quin neque fur neque plagiarius sit, plus quam manifestum est : quis enim voluntatem domini habens fur dici potest ? 3. Quod si dominus vetuit et ille suscepit, si quidem non celandi animo, non est fur, si celavit, tunc fur esse incipit[4].

M. Schulz attribue ce passage à Sabinus[5]. Ce qui suit n'en est en effet, dit-il, qu'une sorte de résumé, accompagné d'un commentaire des mots *si dominus vetuit* :

Qui igitur suscepit nec celavit, etsi invito domino, fur non est. Vetare autem dominum accipimus etiam eum qui ignorat[6], hoc est eum qui non consensit.

Mais cette observation de M. Schulz, pour fondée qu'elle soit, ne

[1] Sabinus a bien décidé Ulpian., *l. XXX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 43. *Supra*, p. 70 : que « rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit ». Mais il s'agit d'un *furtum improprium* et l'on ne peut en conclure de là pour le *furtum proprium*. Cf. Perozzi, *Istituz.*, II, 1, p. 313, n. 2.

[2] Ulpian., *l. IV ad edict. Dig.*, 2, 14, fr. 7, 12.

[3] *Dig.*, 48, 15, fr. 6, 2. *Supra*, pp. 108 et sqq.

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 48, 2 et 3. Lenel, *Paling.*, II, c. 1165, n° 1882. Cf. *Basil.*, 60, 12, 48, 2 et 3.

[5] Schulz, *Sabinusfragmente*, pp. 83-84.

[6] D'où la traduction des *Basiliques*, 60, 12, 48, 3 : [illegible]

va pas au fond des choses. Pourquoi donc Ulpien s'avise-t-il de répéter inutilement ce qu'il avait déjà dit en termes suffisamment clairs ? Cela ne se conçoit pas. En réalité Ulpien semble plutôt batailler contre un adversaire qui regardait comme un vol le fait de recevoir un esclave *invito domino*, même sans le cacher. « Qui suscepit nec celavit, etsi invito domino, fur non est. » En revenant en arrière, on découvre aisément que l'adversaire visé ne doit être autre que Sabinus. Sabinus ne songeait qu'au fait de *recipere*, non à celui de *celare*. Au paragraphe 2 de notre fragment, il parle uniquement de *recipere*. Il est vrai qu'il parle de *celare* et d'*animus celandi* au paragraphe 3. Mais la distinction qu'il fait à ce propos est introduite par un de ces *si quidem*, compris dans une construction antithétique, qui sont si suspects, et à si juste titre[1]. Joignons à cela que la langue de notre fragment trahit au moins un autre remaniement[2] : nous avons lieu d'admettre que les mots *si quidem non celandi animo, non est fur, si celavit* n'appartiennent pas à Sabinus Ils appartiennent tout au plus à Ulpien, plutôt même aux seuls compilateurs[3], et se rangent dans la série des passages interpolés relatifs au recel dont nous avons rencontré plusieurs exemples[4].

A notre sens, Sabinus avait donc écrit :

Qui ex voluntate domini servum recepit, quin neque fur neque plagiarius sit, plus quam manifestum est. Quod si dominus vetuit, tunc fur esse incipit.

Ainsi, pour Sabinus, on ne commet pas plus un *furtum* qu'un *plagium* en recevant l'esclave d'autrui avec le consentement du maître. Au contraire, on commet un *furtum* en le recevant contre le

[1] Eisele, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, VII (1886), pp. 19 et sqq.

[2] La proposition *Quis enim voluntatem domini habens fur dici potest?* n'est pas de Sabinus. *Voluntatem habere alicuius* dans le sens d'*avoir l'assentiment d'une personne* ne se rencontre pas au début de l'Empire. Peut-être même pas au temps d'Ulpien : car d'autres exemples de cette expression ne sont pas au-dessus du soupçon (p. ex. *Dig.*, 3, 3, fr. 40, 4, et 15, 3, fr. 3, 4. Cf. Beseler, *Beiträge*, III, p. 184, pour qui ce dernier texte est interpolé, mais non dans la partie qui contient l'expression *voluntatem habere*. La forme interrogative de l'argumentation *(Quis enim... potest?)* pourrait faire conclure à l'interpolation. Cf. Eisele, *l° c°*, p. 23.

[3] En pareil cas, les mots *Qui igitur suscepit... non est* proviendraient aussi des compilateurs.

[4] *Supra*, pp. 695 698 et 701

gré du maître. Sabinus paraît exiger non pas seulement un simple défaut de consentement, mais une défense (= *vetuit*). *Vetare* semble moins énergique que *prohibere*. Le veto se différencie peut-être de la *prohibitio* requise par Labéon en ce qu'il ne se manifeste pas nécessairement par une opposition matérielle à l'acte. Il peut résulter d'un défaut de consentement manifesté d'une façon quelconque, ou même simplement présumé. Tout doute est écarté à cet égard par Ulpien : *Vetare... dominum accipimus etiam cum qui ignorat;* et Sabinus devait déjà interpréter le mot *vetare* en ce sens, puisqu'il admettait qu'il y avait *furtum* dès que le *contrectans* croyait agir *invito domino*[1].

C'est la croyance du *contrectans* qui entre seule en ligne de compte, dans le système de Sabinus. Cette proposition entraîne un double corollaire : 1° Il suffit, pour écarter toute idée de *furtum*, que le *contrectans* croie agir avec le consentement du *dominus*, même s'il se trompe. 2° Inversement le *furtum* existe dès que le *contrectans* croit agir *invito domino*, même s'il se trompe. De ces deux corollaires, l'un au moins est accepté par Sabinus. Ulpien dit en effet *(l. XLII ad Sabinum)* :

Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem[2]...

Comme l'a bien vu Mr Schulz, les mots *Recte dictum est* doivent s'interpréter comme s'il y avait *Recte dictum est <a Sabino>*[3].

Quant à l'autre corollaire, il est formulé par Pomponius, qui n'hésitait pas à donner en pareil cas l'action *furti* contre le *contrectans*[4]. Gaius et Ulpien se prononçaient contre le système de Pomponius[5]. La controverse paraît s'être perpétuée jusqu'au temps de

[1] Le vol paraîtrait même ne se consommer qu'à partir du moment où l'idée de l'esclave a conscience du veto opposé par le maître. Cela résulterait du langage employé par Sabinus : *Fur esse incipit.*

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 7. Lenel, *Paling.*, II, c. 1169, n° 1879. *Basil.*, 60, 16, 46, 7, et schol. 11. *Cf. Dig.*, 47, 2, fr. 77, pr. Schmidlin, *Zur Lehre vom furtum*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, V (1884), R. A., p. 209.

[3] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 83. La fin de ce passage, après une remarque due sans doute à Ulpien (Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet?) se réfère expressément à la définition sabinienne du *furtum*. Is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se furem scivit.

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 8. Desanimus, *Traité du vol*, pp. 100-101. Fournier, *Délits penale*, p. 182.

[5] Gaius, *Inst.*, III, 198. La décision d'Ulpien (*l. XLII ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 46, 8, *in fine*) s'adapte bien mal à ce qui précède : Per contrarium quaeritur, si ego me

Justinien, qui l'a tranchée[1]. Nous ignorons si Sabinus avait envisagé la question.

23

Un autre témoignage de Sabinus fait l'application de la règle qu'implique la formule *Cum id se invito domino facere iudicare deberet* à un cas assez embarrassant de *furtum improprium*. Ce témoignage est transmis par Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide : nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debebit reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpae quidem suspicio sit[2]. Denique Sabinus hoc explicuit addendo : « nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle[3] ».

Mr Schulz remarque avec raison que, si Ulpien écrit : « Sabinus ajoute... », cela suppose qu'il a précédemment cité le texte de Sabinus[4]. En fait, la phrase *nec ulla causa... nolle* s'adapte parfaitement, et dans des conditions excellentes de symétrie *(nec—nec)*, à la phrase *nec enim convenit... quis accepit*. D'où les attributions suivantes :

Sabinus : Quod servus deposuit... id quod quis accepit,

Ulpien : sed debebit reddere.... Sabinus hoc explicuit addendo :

Sabinus : « nec ulla causa... reddi nolle ».

Ce n'est pas tout. La partie du texte qui remonterait à Sabinus contient encore une allusion surprenante à la *bona fides (ex bona fide...; convenit bonae fidei)*. Cette allusion est déjà déconcertante sous la plume d'Ulpien. Car ce jurisconsulte fonde visiblement son argumentation sur les termes de la formule *depositi in factum (rem*

invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit, et ait Pomponius furtum me facere : verum tamen est, ut, cum ego velim uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus. On remarquera : 1° le mauvais emploi de *ne;* 2° l'interversion des personnes employées dans les deux parties du texte : la première personne désigne d'abord le *contrectans*, puis le *dominus;* la troisième personne désigne d'abord le *dominus*, puis le *contrectans*.

[1] *Codex Iust.*, 6, 2, const. 20 (530) ; *Inst.*, 4, 1, 8.

[2] Les mots *hoc est... suspicio sit* sont interpolés. *Infra*, p. 711, n. 5.

[3] *Dig.*, 16, 3, fr. 11. Lenel, *Paling.*, II, c. 1166, n° 2869, III. *Basil.*, 13, 2, 11, et sch. 1-5.

[4] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 80.

dolo malo N^i N^i A^o A^e redditam non esse, dit cette formule[1] : — si *sine dolo omni reddat*, dit Ulpien[2]. Pour admettre qu'il a en même temps emprunté à la formule *depositi in ius* sa mention de la *bona fides*, il faut lui prêter une attitude assez peu logique[3]. Mais, sous la plume de Sabinus, l'allusion devient plus vraisemblable encore. Car nous n'avons, avant le temps de Sabinus, aucune trace certaine de l'existence de la formule *depositi in ius*[4], et nous n'avons, pour le temps de Sabinus, que ce témoignage unique. Comme notre texte porte d'ailleurs la marque d'autres remaniements[5], et que le seul texte qu'on en puisse rapprocher n'est pas moins profondément altéré[6], nous n'hésitons pas à rejeter les mots *ex bona fide* et *bonae fidei*, qui proviennent des compilateurs.

Sabinus avait donc écrit :

Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet : nec enim convenit abnegare id quod quis accepit, nec ulla causa intervenit quare putare possit dominum reddi nolle.

Ainsi rétablie, la solution originale de Sabinus est infiniment plus claire que celle que nous trouvons au Digeste. On s'expliquait mal comment un texte relatif au contrat de dépôt figurait dans le livre XLI *ad Sabinum* d'Ulpien, livre consacré, nous le savons, au *furtum*. Mais Ulpien, et surtout Sabinus, traitaient en réalité une question de *furtum*[7]. Il s'agissait toujours de l'*infitiatio depositi*. A quelle condition celle-ci constituait-elle un *furtum*? Sabinus ne se contentait pas, nous le savons, de l'*animus infitiandi*, il exigeait en outre une *contrectatio*. Remettre la chose à un autre que le *dominus*

[1] Gaius, IV, 47.

[2] D'une façon générale, le commentaire d'Ulpien a pour base la formule *in factum*. Girard, *Manuel*, p. 507, 2, et, en dernier lieu, Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht* (*Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht* de Grünhut, XXXV, 1907), pp. 50 et sqq. du tirage à part.

[3] C'est cependant ce que fait Pernice, *Labeo*, II², p. 215.

[4] La démonstration a été faite par M. Taubenschlag, p. 63, 5 du tirage à part. Cet auteur voit dans notre fragment la première allusion sûre à l'actio *depositi in ius*.

[5] Pour l'interpolation avérée de la phrase *Hoc est, ut neque culpae quidem suspicio sit*, voy. Eisele, *Beiträge*... *Zeitschr. d. Savigny Stiftung*, XI (1890), R. A., p. 6 ; Pernice, *Labeo*, II, 2², p. 215, 2, suivis par P. Krüger ; et d'une façon plus générale, Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 171, n. 1.

[6] C'est le texte de Tryphoninus, *l. IX Disput. Dig.*, 16, 3, fr. 31. Cf. Pernice, *Labeo* II, 1², p. 171, n. 1 ; II, 2², p. 215 ; Beseler, *Beiträge*, III, pp. 40 et 136.

[7] Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 171, n° 1. Cf. *Labeo*, I, p. 135, n. 82.

était assurément une *contrectatio* suffisante. Mais il y avait des actes ambigus. Tel était le cas lorsque, le dépôt ayant été effectué par un esclave, le dépositaire restituait à ce même esclave : car la chose pouvait ainsi ne pas revenir aux mains du *dominus*. Le dépositaire s'exposait-il à l'action *furti ?*

A la question ainsi posée, Sabinus répond en se fondant sur sa formule : *...cum id se invito domino facere iudicare deberet*. Dans des circonstances normales, le dépositaire doit se croire autorisé par le maître à rendre la chose au même esclave de qui il la tenait : « nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle ». Donc il ne commet pas de *furtum* en la lui remettant. Evidemment la solution serait renversée si les circonstances impliquaient que le maître veut recevoir la chose personnellement ou par quelque autre intermédiaire (par exemple s'il a, comme on dira plus tard, retiré la *libera administratio* de son pécule à l'esclave qui a effectué le dépôt[1]).

24

Les solutions de Sabinus que nous avons analysées jusqu'ici représentent la partie la plus originale de sa contribution à la théorie du *furtum*.

Sur d'autres points, Sabinus s'était montré plus conservateur. C'est ainsi qu'il n'avait pas modifié les conditions de la légitimation active de l'action *furti*, et qu'il n'interprétait pas autrement que Labéon la règle *Furti agere potest is, cuius interest rem non subripi*. Les *Sabiniana* assez nombreux que nous possédons sur la matière ne sont pas favorables à la thèse d'après laquelle on n'aurait le droit d'agir *furti* qu'autant qu'on devrait la *custodia*.

Le texte le plus général est le suivant.

Ulpien *(l. XXIX ad Sabinum) :*

Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet[2]. Itaque fullo, qui curanda poliendave[3] vestimenta accepit, semper agit : praestare

[1] Voy. les scholies 1 *(in fine)* et 4, sur *Basil.*, 13, 2, 11 (Heimbach, II, p. 45).

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 10. Lenel, *Paling.*, II. c. 1125, n° 2733.

[3] L'édition Mommsen-Krueger adopte la leçon *poliendave*. La Florentine porte *polienda*, et il vaudrait mieux n'y rien ajouter. L'asyndeton *curanda polienda* doit correspondre à une des expressions usuelles de la *locatio* qui intervient entre le *fullo* et ses clients. Cette expression figurait probablement dans les annonces des *fullones*.

enim custodiam debet. Si autem solvendo non est, ad dominum actio redit : nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est. 1. Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit : sed nemo de inprobitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur. 2. Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit : quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit[1].

M. Schulz a isolé[2] le texte primitif de Sabinus du commentaire d'Ulpien de la façon suivante :

Sabinus : Cuius interfuit... eius periculo nihil est.

Ulpien : Sed furti actio... furti actio datur[3].

Sabinus : Sed et si res pignori... in bonis eius res non sit.

Ulpien : Quin immo... et ita Iulianus scripsit.

Cette identification des *Sabiniana* contenus dans ce passage soulève des doutes. On devrait, semble-t-il, découper à deux places le texte autrement. *a)* Les deux phrases « Itaque fullo... semper agit » et « Si autem solvendo... nihil est » ne s'équilibrent pas. *Semper* semble même contredire ce qui suit : le *fullo* n'agit pas toujours, puisque la suite montre précisément qu'il n'agit que s'il est solvable. Cette difficulté a embarrassé certains auteurs, qui ont cru nécessaire de retoucher le texte. Mommsen, suivi par Mr Schulz[4], admet une interpolation[5]. Les compilateurs auraient supprimé ici les mots *si solvendo est;* peut-être même auraient-ils ajouté le mot *semper*. Ulpien aurait écrit : *Itaque fullo...., si solvendo est, semper agit*, ou même : *Itaque fullo,.... si solvendo est, agit*. Cette restitution conjecturale ne s'appuie sur aucun critérium

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 12, pr., 1 et 2. Lenel, *ibid.*

[2] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 69. La suite du paragraphe 2 est interpolée. Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 59 ; Schulz, *Aktivlegitimation*, pp. 52-53. Mr Beseler va même plus loin, et admet que, dans tout le développement commençant par *Sed et si res....* il n'y a peut-être d'authentiques que les mots *Et ita Iulianus scripsit (Beiträge*, III, p. 191).

[3] Sur cette phrase, voy. aussi Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 95.

[4] Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 60.

[5] Il faut bien admettre une interpolation plutôt qu'une erreur de copiste, puisque l'équivalent des mots *si solvendo est* manque dans le passage correspondant des *Basiliques*, 60, 12, 12, pr.

de forme. Egalement hasardeux est le parti, pris par Mr Beseler[1], d'arguer d'interpolation la phrase *nam qui non habet... nihil est.* On éviterait ces résolutions extrêmes si l'on admettait que la première des deux phrases seule appartenait à Sabinus, tandis que la seconde appartient à Ulpien. Sabinus admettait que le *fullo* a toujours l'action *furti.* Ulpien a jugé utile de formuler une restriction, mais il lui a donné la forme d'une note, sans altérer le texte qu'il commentait.

b) Il faut rectifier aussi les attributions proposées par Mr Schulz pour le paragraphe 2. Sabinus ne peut avoir écrit : *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem quamvis in bonis eius res non sit.* La dernière proposition n'a pas de raison d'être sous sa plume. En effet c'est Ulpien, et non Sabinus, qui a examiné dans le paragraphe précédent l'hypothèse du possesseur de la chose d'autrui. Le gagiste est aussi un possesseur, il n'a pas le gage *in bonis.* La remarque *quamvis in bonis eius res non sit* ne peut émaner que de l'auteur du développement *Sed furti actio... datur*, c'est-à-dire d'Ulpien[2].

En résumé, voici notre identification des éléments de ce passage :

Sabinus : Cuius interfuit... custodiam debet.

Ulpien : Si autem solvendo... furti actio datur.

Sabinus : Sed et si res pignori... damus furti actionem.

Ulpien : Quamvis in bonis... et ita Iulianus scripsit.

Ayant ainsi déterminé ce qui appartient à Sabinus, nous sommes en mesure de préciser le sens de ses décisions.

1° Il formulait la règle ancienne dont nous avons rencontré déjà mainte application : *Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet.* Cette règle n'est littéralement applicable qu'aux cas de *subreptio.*

2° C'est par application de cette règle qu'il donnait l'action *furti* au créancier gagiste. Un texte plus développé nous montrera comment il mettait en œuvre la solution ainsi dégagée.

3° Par application de la même règle, il donnait l'action *furti* au *fullo* qui s'était laissé voler les vêtements d'un client. Il la lui donnait dans tous les cas, parce que le *fullo* devait aussi répondre du vol dans tous les cas. Nous avons déjà conjecturé[3] qu'il y a un

[1] Beseler, *Beiträge*, III, p. 190.

[2] A moins que ces mots ne soient interpolés, comme le veut Mr Beseler (*supra*, p. 713, n. 2).

[3] *Supra*, p. 350, 4.

Sabinianum dans le passage d'Ulpien *(l. XXX ad Sabinum)* : Puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt... si hae subreptae sint... furti actiones competere [1].

Ainsi Sabinus, comme ses devanciers, tenait l'obligation à la *custodia* pour un intérêt suffisant à légitimer l'exercice de l'action *furti*. Il ne se prononçait pas ici sur le point de savoir s'il la tenait pour un intérêt nécessaire.

25

Mais deux autres témoignages sont plus explicites. Ils établissent que Sabinus se contentait parfaitement d'un intérêt autre que celui résultant de l'obligation à la *custodia*. Ces témoignages reconnaissent à l'usufruitier le droit d'agir *furti* quand la chose grevée d'usufruit est dérobée. L'un d'eux est rapporté par Ulpien, l'autre par Julien.

A. Ulpien *(l. XLII ad Sabinum)* :

Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium : fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli : proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam [2].

Ce texte a été isolé par Mr Schulz [3] du commentaire d'Ulpien qui s'attache à en éclaircir successivement les différents termes : au § 2 : *quod dicimus dupli, sic accipere debemus...* ; au § 3 : *haec actio et si sit, qui in eo servo habeat usum tantum...* ; au § 4 : *et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse...*

L'hypothèse envisagée est la suivante. Un esclave grevé d'usufruit a été soustrait. A qui appartient l'action *furti?* A l'usufruitier ou au nu-propriétaire? Sabinus répond : à tous deux; ils se partageront l'action. L'usufruitier agira au double à raison des fruits, ou dans la mesure de l'intérêt qu'il avait à ce que le vol n'eût pas lieu; le propriétaire agira aussi parce qu'il avait intérêt à ce que sa propriété ne fût pas soustraite.

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 14, 16.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 1168, n° 2878. La *Florentine* porte *proprietatem non esse... subtractum. Basil.*, 60, 12, 46, 1, et sch. 3.

[3] Schulz, *Sabinusfragmente*, pp. 82-83 ; *Die Aktivlegitimation...*, p. 47.

MM. Schulz et Beseler tiennent ce texte pour interpolé. Le premier s'appuie surtout[1] sur la proposition finale du commentaire d'Ulpien : Proprietarius quoque agere adversus fructuarium potest iudicio furti si quid celandae proprietatis, vel supprimendae causa fecit[2]. Si Sabinus accordait déjà une action *furti* au nu-propriétaire contre le *subripiens*, Ulpien ne dirait pas : le nu-propriétaire aussi a une action *furti* contre l'usufruitier. Il dirait : le nu-propriétaire a une action *furti* contre l'usufruitier aussi. La place de *quoque* prouve que Sabinus ne donnait pas au nu-propriétaire l'action *furti*[3]. Mr Schulz professe, nous le savons, que les classiques rattachent exclusivement la légitimation active de l'action *furti* à l'obligation à la *custodia*. Or c'est l'usufruitier seul, dit-il, qui doit la *custodia* de la chose grevée d'usufruit. A cet égard le nu-propriétaire n'a aucun intérêt à agir *furti*, la question de solvabilité de l'usufruitier mise à part. Donc Ulpien ne pouvait raisonner comme il semble le faire ici. Le texte est interpolé : ce sont les compilateurs qui ont accordé l'action à tous les intéressés, en entendant cette expression de la façon la plus large. Voici comment était conçu originairement, selon Mr Schulz, notre fragment :

Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem habet : fructuarius aget quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli : proprietarius vero condictione aget.

Mr Beseler, qui tient Mr Schulz pour timide, tranche dans le vif[4], il ne laisse subsister que le noyau suivant :

Si servus fructuarius subreptus est, fructuarius aget quanti interfuit eius furtum factum non esse, eius dupli.

Ces hypothèses semblent fragiles; elles se fondent sur des critères d'interpolation assez incertains[5]; mais surtout elles mécon-

[1] Les arguments de forme qu'il produit (*Die Aktivlegitimation...*, p. 48) ne touchent qu'au commentaire d'Ulpien ; ils ne sont d'ailleurs point décisifs. De même ceux que produit Mr Beseler (*Beiträge*, III, p. 191).

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 6.

[3] L'argument ici donné par Mr Schulz est bien fragile. Remarquons qu'un scholiaste anonyme du même passage dans les *Basiliques* (60, 12, 46, 6, sch. 8) rapporte sans difficulté à l'usufruitier le mot *aussi* (καί).

[4] Beseler, *Beiträge*, III, p. 191 : « Zu wenig streicht Sch(ulz) 46 et sqq. ».

[5] Mr Beseler ne produit même aucun indice de forme à l'appui des interpolations qu'il allègue dans le passage *Si servus... esse subtractam.*

naissent un fait incontestable : c'est qu'au temps de Sabinus[1], et même au temps d'Ulpien, l'usufruitier n'est pas tenu de plein droit de la *custodia*. Il n'en est tenu que contractuellement, par interprétation des termes de la *cautio usufructuaria* prétorienne[2]. Sabinus, dans son traité de droit civil, et Ulpien, après lui, envisagent les rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire tels que le droit civil les régit : aussi n'ont-ils pas à se préoccuper de la responsabilité de la *custodia* qui peut contractuellement incomber à l'usufruitier, et qui ne lui incombe pas toujours. C'est dans le même esprit qu'Ulpien accorde également l'action *furti* au simple usager, — qui cependant est aussi tenu par le préteur de fournir caution *de usu*[3], et, par suite, de répondre contractuellement de la *custodia*. Dès lors, la suspicion dont Mr Schulz frappe notre texte apparaît mal fondée : ce texte peut provenir de Sabinus, sans avoir subi de retouches sérieuses.

B. Julien *(l. III ad Urseium Ferocem)* :

Si homo, cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse. Quod si[4] accipiendum est, ut

[1] Sabinus connaît la *cautio usufructuaria* : Mr Schulz lui a restitué (*Sabinusfragmente*, pp. 40-41), dans le fr. 13, pr., *Dig.*, 7, 1 (Ulpian, *l. XVIII ad Sabin.*, Lenel, *Paling.*, II, c. 1075, n° 2582), le passage initial : Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis fiat : nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Mais, comme on le sait, il n'admet la *cautio usufructuaria* que dans les legs d'usufruit, et encore en termes fort hésitants (dominus potest... desiderare). C'est Proculus qui paraît avoir le premier fixé la technique des moyens à employer pour obliger l'usufruitier à fournir la *cautio*, *Dig.*, 7, 9, fr. 7. Très probablement, la *cautio usufructuaria* tire son origine du sénatus-consulte sur le quasi-usufruit. Cf. Ulpian, *l. XVIII ad Sab. Dig.*, 7, 9, fr. 12. Lenel, *Paling.*, II, c. 1075, n° 2591.

[2] Le texte de Paul (*l. LXXV ad edictum*, *Dig.*, 7, 9, fr. 9) : Nam fructuarius custodiam praestare debet), cité par MM. Sohm (Hermann Sohm, *Haftpflicht*, p. 117) et Schulz (*Abhandlungen*, p. 44, n. 1) et *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten*..., p. 41, n. 92), est relatif à l'interprétation de la *cautio usufructuaria*, et est placé au titre *De usufructuario quemadmodum caveat*.

[3] *Dig.*, 7, 9, fr. 5, 1. Lenel, *Edikt*, II, p. 98, *Edictum*[1], p. 356. La suspicion d'interpolation élevée contre ce texte par Mr Beseler, *Beiträge*, III, p. 9, n'atteint que les mots *Hoc merito... caveatur*.

[4] Sc. 1).

fructuarius poterit uti frui : aliter enim homo in causa non perduceretur. Sed si utenti iam et fruenti abductus homo fuerit, non solum ipse, sed etiam heres furti agere poterit[1].

Ce passage est visiblement interpolé : il faut éliminer d'une part la proposition *quia heres furti actionem non haberet*, qui rompt la construction et fait double emploi avec ce que dit plus loin Sabinus[2], et d'autre part la remarque *Quod si accipiendum... in causa non perduceretur*, que sa forme rend très suspecte[3], et qui n'est probablement qu'un glossème incorporé au texte. Le fragment, ainsi dégagé de ces surcharges, prend la forme suivante :

Si homo, cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus subreptus fuisset, quaesitum est, an usucapi possit. Sabinus respondit, nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse; sed si utenti iam et fruenti abductus homo fuerit, non solum ipsum, sed etiam heredem furti agere posse.

Ce texte se comprend aisément. Il est relatif au cas où, un testateur ayant légué *per vindicationem*[4] l'usufruit d'un esclave, l'esclave a été dérobé avant que l'héritier institué en ait pris possession. On se demande si l'esclave peut être usucapé. Sabinus répond : Il n'y a pas d'usucapion des objets pour lesquels on peut agir *furti*. Or, dans l'espèce proposée, on peut toujours agir *furti*. De deux choses l'une en effet : ou bien l'usufruitier est déjà entré en jouissance quand l'esclave est dérobé; dans ce cas, l'action *furti* appartient non seulement à l'usufruitier, mais encore à l'héritier; — ou bien l'usufruitier n'est pas entré en jouissance ; dans ce cas, l'action *furti*, refusée à l'héritier, appartient encore au moins à l'usufruitier. Dans aucun cas l'esclave ne peut être usucapé.

De ce texte ressortent plusieurs conclusions importantes :

1° Conformément à ce que nous savons déjà, Sabinus substitue au précepte de la loi Atinia, qui déclarait imprescriptible toute

[1] *Dig.*, 41, 3, fr. 35. Lenel, *Paling.*, I, c. 495, n° 913; Bremer, II, 1, p. 358, 22. Cf. *Basil.*, 50, 3, 33.

[2] Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 54.

[3] Mr Schulz signale les incorrections suivantes: *si* au lieu de *sic*; *causa* au lieu de *causam*; *poterit* au lieu de *possit*.

[4] Sur ce point, voy. Pampaloni (*La nuda proprieta nella dottrina dei legati. Mélanges P. F. Girard*, II, p. 341, n. 19), qui admet même que les mots *per vindicationem* figuraient dans le texte original de Julien.

chose soustraite (*res subrepta*), un précepte entièrement différent, qui déclare imprescriptible toute chose *cuius nomine furti agi potest;* on dira bientôt : toute *res furtiva*.

2° La fin du texte *(sed si utenti iam... agere posse)* — qui n'est pas sûrement de Sabinus — consacre la règle *Furtum possessionis fieri* et la règle corrélative *Furtum hereditati fieri non posse*, au regard du nu-propriétaire (héritier). Elle décide en effet que, si l'usufruitier est entré en jouissance, il n'est plus seul à avoir l'action *furti;* le nu-propriétaire (héritier) l'a aussi. Pourquoi ? Sans doute parce qu'il est désormais possesseur de la chose que l'usufruitier tient pour son compte, et qu'ainsi la règle *Furtum possessionis fieri* peut jouer à son profit. Le texte porte : *heres furti agere poterit*, sans restriction d'aucune sorte. L'héritier aura donc d'une façon générale la faculté d'agir. On ne saurait, sans ajouter au texte une réserve qui n'y figure pas, interpréter ces mots comme le veut Mr Schulz[1], et entendre que l'héritier pourra agir éventuellement (par exemple si l'usufruitier est insolvable).

3° Pourquoi notre passage n'admet-il pas la règle *Furtum possessionis fieri* au regard de l'usufruitier lui-même ? Pourquoi lui accorde-t-il l'action *furti* dès avant son entrée en jouissance ?

C'est là sans doute une survivance de l'interprétation originaire de la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi*. Nous savons par ailleurs[2] que Sabinus n'avait proposé la règle *Furtum fit possessionis* qu'en respectant les traditions établies, et en enregistrant purement et simplement, comme des dérogations constantes à cette règle, les cas dans lesquels *Furtum possessionis non fiebat*. L'idée d'une survivance rend compte beaucoup mieux que toute explication logique ou pratique[3] de ce qui pourrait passer, à l'époque classique, pour une anomalie[4].

4° La règle *Furti agere potest is...* ne s'applique encore, dans notre texte, qu'à la seule *subreptio*.

5° Il n'y a chez Sabinus aucun lien entre l'exercice de l'action

[1] P. 54. Cf. pp. 41-42.

[2] *Supra*, p. 566.

[3] Cf. Desjardins, *Traité du vol*, pp. 151-152 : la décision de la jurisprudence s'explique par le vif désir qu'on devait avoir d'atteindre les voleurs de choses héréditaires.

[4] Mr Schulz (*Akt. legitimation*, p. 41) qualifie la décision de Sabinus d'« anomalie évidente » : si évidente qu'elle ne peut se concilier avec le système qu'il défend, et qu'elle l'infirme radicalement, du moins pour le temps de Sabinus.

furti et l'obligation à la *custodia*. L'usufruitier peut exercer l'action *furti* avant d'entrer en jouissance et de fournir la *cautio usufructuaria*, c'est-à-dire à un moment où aucune obligation personnelle ne lui incombe encore[1].

26

Cette dernière conclusion est encore confirmée par un témoignage de Sabinus que relate Paul *(l. XXXIX ad edictum)* :

Si servus commodatoris rem subripuerit et solvendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse et commodati agi cum eo et contra dominum furti servi nomine; sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, evanescere furti actionem ; idem et si remittat actionem[2].

Pierre a prêté un objet à Paul. L'esclave de Pierre soustrait cet objet. Paul est solvable : Sabinus autorise Pierre à intenter l'action *commodati* contre Paul, et Paul à intenter l'action *furti* contre Pierre (au titre de maître de l'esclave voleur). Mais si Pierre renonce à son action *commodati*, ou rend l'argent qu'il a pu obtenir par cette action, l'action *furti* cesse de pouvoir s'intenter contre lui[3].

Ce fragment, quoi qu'ait prétendu Mr Schulz[4], ne paraît pas profondément interpolé. La forme en est suffisamment correcte. En

[1] On sait qu'inversement l'héritier du commodataire, quoique succédant à la responsabilité du commodant, n'a pas l'action *furti*, si la chose prêtée a été volée pendant que l'hérédité était jacente. C'est au commodant que cette action revient, d'après un texte d'Ulpien *(l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 14, 14. Lenel, *Paling.*, II, c. 1126, n° 2734), qui contient peut-être un *Sabinianum* (= les mots *Si res commodata est et is cui commodata est decesserit, commodator poterit furti agere*). Le texte, quoi qu'on ait dit, n'est pas interpolé (voy. Pampaloni, *Studi Senesi*, X (1893), p. 116. Cf. Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 39, 1). Les objections faites par Mr Pampaloni contre les phrases *et ideo agere* et *licet... adquiritur* prouvent, croyons-nous, non pas que ces phrases proviennent des compilateurs de Justinien, mais seulement qu'elles ont été maladroitement accolées par Ulpien lui-même au texte de Sabinus, pour expliquer, par les théories en vigueur au début du IIIe siècle, une solution qui remontait beaucoup plus haut.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 54, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 1046, n° 564 ; Bremer, II, 1, p. 572. *Basil.*, 60, 12, 53, 1, et sch. 3-7.

[3] On saisit l'intérêt pratique de la question : l'action pénale *furti* est au double (où même au quadruple), l'action rei persécutoire *commodati* est au simple.

[4] Schulz, *Aktivlegitimation*, l. c., pp. 42-43. Cf. Biondo Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae*, p. 61, 2.

vain Mr Schulz fait il observer que *reddat* n'a pas de sujet, et qu'on s'attendrait à lire : *si dominus pecuniam quam exegit reddat* (ou plutôt : *si pecuniam quam exegit dominus reddat*); l'incorrection, bien minime, si elle existe, s'explique très simplement par un lapsus de copiste. Tout au plus pourrions-nous supposer que les mots « *et solvendo sit is cui subreptum est* » proviennent, non de Sabinus, mais de Paul[1].

Le texte pose la question de savoir à quel moment on doit se placer pour apprécier si les conditions de la légitimation active de l'action *furti* sont réunies ou non. Est-ce au moment du *furtum?* est-ce au moment où l'on intente l'action[2]? Si l'on se place au moment du *furtum*, Paul doit pouvoir intenter l'action *furti* alors même que Pierre renoncerait par la suite à son action *commodati* : car le commodataire, tant qu'il doit la *custodia* de la chose prêtée, a intérêt à pouvoir agir *furti* si cette chose est volée. Mais, si l'on se place au moment où l'on intente l'action, la solution inverse s'impose : dès que Paul n'est plus tenu de la *custodia*, il n'a plus d'intérêt à exercer l'action *furti*. Sabinus se prononce dans ce dernier sens. Nous pouvions nous y attendre, puisque nous savions que la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi* n'est sanctionnée qu'*officio iudicis*, et que le *iudex* peut tenir compte de tout fait susceptible d'exonérer le demandeur de la *custodia*, alors que ce fait serait contemporain de la *litis contestatio*, ou même postérieur. Nous avons rencontré sur cette matière une solution caractéristique de Labéon. Sabinus fait à une espèce différente l'application des mêmes principes.

Ce texte n'établit nullement, on le voit, que l'obligation à la *custodia* constitue l'intérêt nécessaire requis pour agir *furti*. Le commodant n'a pas l'action *furti* parce qu'il est le maître du voleur. Mais il est évident qu'il aurait cette action après avoir renoncé à agir *commodati*, et peut-être même auparavant, si le voleur était un *extraneus*.

27

A la question de savoir comment se détermine l'intérêt requis

[1] *Supra*, p. 713.
[2] Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 32, cf. Pampaloni, *Furto di possesso e furto di uso*, p. 146.

pour agir *furti* est liée étroitement la question de savoir comment se détermine l'intérêt qui sert de base à la condamnation. Que faut-il multiplier par deux (ou par quatre) pour évaluer la *poena* encourue?

Sabinus paraît avoir répondu à la question dans les termes suivants (rapportés par Ulpien, *l. XLI ad Sabinum)*:

Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit[1].

Cette *regula* a été isolée par Mr Schulz[2] du contexte d'Ulpien (Quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continetur..., etc.). Les principales expressions de cette *regula* se trouvent en effet successivement commentées un peu plus loin : l'expression *eius quod interfuit* dans le *prooemium* et le § 1 : les mots *tabulas vel cautiones* dans le § 2 ; le mot *amovet* dans le § 3.

Donc, pour Sabinus, ce qu'il faut multiplier, c'est, non la valeur vénale de l'objet, mais l'intérêt qu'avait la personne volée à ce que le vol ne fût pas commis[3]. La règle ainsi posée a une portée générale. Elle s'applique quelle que soit la personne qui agit *furti*, que ce soit le *dominus* ou que ce soit un détenteur de la chose. Le commentaire d'Ulpien établit même que l'on a principalement en vue le cas où l'action est intentée par le *dominus*[4].

Mais il n'en est plus ainsi à l'époque classique. Papinien donne une solution très différente *(l. XII quaestionum)* :

Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est, idque et in statuliberis et in legato sub condicione relicto probatur : alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest. Quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest[5].

Nul ne prétendra que ce texte soit entièrement pur. La dernière

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 27., pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 1163, n° 2863. *Basil.*, 60, 12, 27, pr.

[2] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 78.

[3] Nous empruntons quelques expressions à Desjardins, *Traité du vol*, p. 139.

[4] Remarquons en passant combien ce texte, auquel Mr Schulz ne parait pas avoir fait attention, est défavorable à sa thèse *(Aktivlegitimation*, p. 26 : Die Klage steht dem Eigentümer zu, ohne dasz etwa noch ein besonderes Interesse gefordert würde).

[5] *Dig.*, 47, 2, fr. 81, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 838, n° 210.

phrase *(Quia itaque... non potest)* exprime une tautologie évidente, que Mommsen a proposé d'éliminer en changeant de place la conjonction *quia*, et en lisant : Itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, quia in istis causis... potest. On est d'accord pour admettre que *si nihil amplius intersit* est interpolé[1]. Nous croyons aussi à l'interpolation des mots *et in legato sub condicione relicto* : la main des compilateurs se reconnaît au défaut de symétrie entre les deux cas visés au texte : *in statuliberis* (= donc un nom de personne) *et in legato* (donc une dénomination de disposition testamentaire) : d'ailleurs une interpolation identique qu'on trouve dans un autre texte voisin de celui-ci[2] confirme notre conjecture. Elle se justifie également au fond. A l'époque classique, on discutait, au moins pour le legs *per vindicationem*, la question de savoir si la *res sub condicione legata* était *res nullius*, ou appartenait à l'héritier, entre l'adition et la réalisation de la condition[3] ; les Proculiens tenaient pour le premier système, les Sabiniens pour le second ; et le débat durait encore au temps de Papinien[4]. Ce jurisconsulte ne pouvait donc pas, à moins d'entrer dans des distinctions nombreuses et délicates, ranger l'hypothèse de la *res sub condicione legata*, à côté de celle du *statuliber*, parmi les cas où *iure dominii furti defertur actio*. C'est Justinien qui a rendu possible à cet égard l'assimilation du *statuliber* et de la *res sub condicione legata*, grâce à la fusion qu'il a opérée entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, et grâce à la consécration officielle qu'il a donnée à la théorie sabinienne dans la question de l'acquisition des legs[5].

Mais les critiques récents ont cru trouver dans notre texte des interpolations plus profondes. Mr Beseler[6], suivi par M. Schulz,

[1] En ce sens Ferrini, Marchi, Pampaloni, P. Krüger, Beseler, Schulz, etc.

[2] Ulpian., *l. XXXVII ad edict. Dig.*, 47, 2, fr. 54, pr. : Si statuliber subreptus sit [vel res sub condicione legata], deinde, antequam adeatur, extiterit condicio, furti iam agi non potest, quia desiit interesse heredis : pendente autem condicione tanti aestimandus est, quanti emptorem potest invenire. On voit que le texte d'Ulpien était tout entier rédigé au masculin (*subreptus*... *aestimandus*). Les mots *vel res sub condicione legata* y ont été intercalés après coup.

[3] Wlassak, *Vindikation und Vindikationslegat* (Festschr. d. Sav. Stiftung, XXXI (1910), R. A., pp. 220 et sqq.

[4] Wlassak, *l. c.*, pp. 286 et 288.

[5] Girard, *Manuel*[5], p. 926, 2.

[6] Beseler, *Beiträge*, I, p. 44 ; III, pp. 119 et 155.

tient la dernière phrase « *Quia itaque... non potest* » pour entièrement interpolée, sans en donner de raisons bien fortes : l'hypothèse de Mommsen suffisait à la sauver[1]. Cette question n'a d'ailleurs pour nous qu'un intérêt secondaire. Plus importante est la question, soulevée par Mr Schulz[2], de l'interpolation de la première proposition : « Cum autem iure dominii defertur furti actio... ». Il existerait une contradiction entre elle et ce qui suit (Remarquons en passant que Mr Schulz n'a pas vu que les mots *in legato sub condicione relicto* ne peuvent avoir la même origine que les mots *in statuliberis.*) En effet la première proposition prévoit le cas d'une action *furti* intentée *iure dominii*, et la suite du texte, au contraire, prévoit le cas d'actions *furti* intentées par un héritier pour des vols de choses sur lesquelles il n'a qu'un droit de propriété dépendant de la réalisation d'une condition[3] (vol d'un *statuliber*, par exemple). On voit assez la fragilité de ce raisonnement : en réalité, bien que l'héritier puisse perdre la propriété du *statuliber*, si la condition mise à son affranchissement se réalise, il n'en reste pas moins propriétaire de ce *statuliber* tant que la condition est pendante. Aucun doute n'est permis sur ce point. « Statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est qui ignorare debeat », dit Ulpien[4]. L'héritier qui agit *furti* pour un vol commis sur la personne d'un *statuliber* agit bel et bien *iure dominii*. Et nous ne voyons pas comment M. Schulz peut, en s'appuyant sur une pré-

[1] Mr Schulz s'appuie sur la tournure *utilitas facit* : l'emploi de *facere* avec un mot abstrait, tel qu'*utilitas*, *neglegentia*, etc., comme sujet, ne serait pas classique (*Die Haftung für das Verschulden. Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht*, XXXVIII (1911), p. 53). Mais nous trouvons déjà chez Cicéron des exemples de cette tournure ! *Facere* a pour sujet *veritas*, *aequitas* dans *In Verr.* Act. IIa, 1, 41, 104; — *auctoritas*, dans *Pro Caecin.*, 36, 104; — *veritas*, dans *Pro Quinctio*, 30, 91; — *improbitas*, dans *De fin. bon. et mal.*, I, 16, 50; — *ratio*, dans *De divin.*, I, 39, 84, etc. Voy. Merguet, *Lexikon zu den Reden Ciceros*, v° *Facio*, II (1880), p. 294; *Lexikon zu den philosophischen Schriften Ciceros*, v° *Facio*, II (1892), p. 8.

[2] Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 51.

[3] L'héritier agit *furti* parce qu'on lui a volé un esclave affranchi sous condition par le testament = *statuliber* ou une chose héréditaire léguée sous condition = *res sub condicione legata*. Il faut évidemment supposer qu'il agit après l'adition d'hérédité, et après avoir pris possession du *statuliber* ou de la *res sub condicione legata*. Auparavant, il ne le pourrait pas du moins depuis le temps de Scaevola. Voy. Ulpian., *Dig.*, 47, 4, fr. 1, 15). Il faut aussi supposer que le vol a été commis *pendente condicione* : une fois la condition réalisée, l'héritier n'aurait plus l'action *furti*, faute d'intérêt (Ulpian., *Dig.*, 47, 2, fr. 52, 29).

[4] Ulpian., *l. XXVIII ad Sabin. Dig.*, 40, 7, fr. 9, pr.

tendue opposition entre l'héritier et le *dominus*, prendre un parti aussi grave que d'insérer une négation dans la première proposition du texte, et de vouloir lire « Cum autem non iure dominii... » La leçon de la Florentine trouve d'ailleurs sa confirmation dans un fragment d'Ulpien *(l. XXXVII ad edictum)* :

In furti actione non quod interest quadruplabitur[1] vel duplabitur, sed rei verum pretium[2].

Ulpien ne spécifie pas, il est vrai, que cette règle s'applique à une action *furti* intentée *iure dominii*. Mais il le sous-entend, car c'est le *quod plerumque fit*. Au contraire, si la règle ne s'appliquait, comme le veut Mr Schulz, qu'au cas exceptionnel d'une action *furti* intentée *non iure dominii*, Ulpien aurait dû signaler expressément cette anomalie.

Ainsi nous tenons pour pur, dans le texte de Papinien, le noyau que voici :

Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis utilitas mea referenda est, idque et in statuliberis probatur.

La contradiction flagrante qui existe entre les témoignages de Papinien et d'Ulpien, d'une part, et celui de Sabinus, de l'autre, ne peut s'expliquer qu'historiquement[3]. Entre l'époque de Sabinus et le début du IIIe siècle, le droit a changé, non sans des résistances que signale d'ailleurs Papinien (= *Alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest*). La faculté pour le *dominus* d'agir *furti*, qui, au temps de Sabinus, se fondait, pour lui comme pour les autres intéressés, sur le *quod interest*, s'est fondée plutôt, au temps des classiques, sur sa qualité de *dominus*. Cette observation peut présenter de l'intérêt pour l'histoire de la légitimation active de l'action *furti*.

28

Sabinus ne semble pas avoir innové davantage en ce qui concerne les traits caractéristiques de l'action *furti* qu'en ce qui concerne

[1] Mr Lenel tient à bon droit ces mots *quadruplabitur vel* pour interpolés (*Paling.*, II, c. 675, n. 4).

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 50, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 675, n° 1040.

[3] Cf. les tentatives d'explication logique de la scholie 1, *Basil.*, 60, 12, 50, pr., et de la scholie 3 (Harmenopoulos), *Basil.*, 60, 12, 27.

ses conditions de légitimation. Du moins il a précisé et coordonné ces traits. Il nous a ainsi transmis un certain nombre de décisions concernant : 1° Le cumul possible, pour un même *furtum*, des actions rei persécutoires avec l'action pénale, ou de plusieurs actions pénales contre les coauteurs; 2° L'extinction de l'action *furti*.

A. L'action *furti* est une action pénale. Autre chose est la *res*, objet de l'action rei persécutoire, autre chose la *poena*, objet de l'action pénale. Sur les applications de cette idée nous possédons trois *Sabiniana :*

1° Ulpien *(l. XLII ad Sabinum) :*

Qui vas argenteum perdiderat eoque nomine furti egerit : de pondere vasis controversia cum esset et actor maius fuisse diceret, fur vas protulit : id is cuius erat abstulit ei : qui subripuerat dupli nihilo minus condemnatus est[1].

Ulpien, en rapportant ce jugement, l'approuve *(: rectissime iudicatum est.)* Mr Schulz en conclut, non sans hésitation, qu'il le rapporte d'après Sabinus[2]. La conjecture n'est pas absolument sûre : un jugement n'est pas un développement doctrinal. Lorsqu'un commentateur approuve un développement doctrinal dont il n'indique pas la source, on peut attribuer ce développement à l'auteur commenté. Mais il en va autrement lorsqu'il approuve un arrêt.

Le principe posé par le jugement en question n'est pas contesté à l'époque classique[3]. Si notre texte appartient vraiment à Sabinus, c'est lui qui l'a formulé le premier. Le volé peut se remettre en possession, même par ruse ou par force[4]; cela ne l'empêche pas de triompher à l'action *furti*. On retrouve ici la même idée que dans le principe du cumul de l'action pénale avec l'action rei persécutoire[5].

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 48, pr. Lenel, *Paling.*, II, c. 1169, n° 2881. La première phrase est visiblement mutilée. Mommsen propose de lire *eo nomine furti egit*. Il substitue aussi, dans la seconde, les mots *de pondere* au mot *deponere* qui ne signifie rien, mais que donne la *Florentine*. Cette conjecture s'autorise d'ailleurs de la scholie correspondante des *Basiliques*, 60, 12, 48, pr., sch. 1. — La fin du texte *(Nam in actionem... agatur)* est interpolée. Albertario, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arrichimento dell erede. Bull. dell' Ist. di dir. romano*, XXVI (1914), p. 102.

[2] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 83.

[3] Desjardins, *Traité du vol*, p. 227.

[4] Ulpian., *l. LVI ad edict. Dig.*, 47, 8, fr. 18.

[5] Ulpian., *l. XLII ad Sabin. Dig.*, 13, 1, fr. 7, 1, et 47, 3, fr. 2. Siber, *Passivlegitimation*, pp. 172-173; p. 190.

2° Un autre texte relatif à la même question a aussi été attribué à Sabinus par Mr Schulz :

Ulpien *(l. XLII ad Sabinum)* :

Cum fur rem furtivam vendidisset eique nummos pretii dominus rei per vim extorsit, furtum eum nummorum fecisse recte responsum est : idem etiam vi bonorum raptorum actione tenebitur. Quod enim ex re furtiva redigitur furtivum non esse nemini dubium est : nummus ergo hic, qui redactus est ex pretio rei furtivae, non est furtivus [1].

Le *responsum* « *Cum fur rem... responsum est* » émanerait de Sabinus. Mr Schulz propose de lire : *a Sabino responsum est* [2].

Au fond, la solution donnée par ce *responsum* complète la précédente. Ce que le volé peut reprendre, c'est la chose volée elle-même. Si la chose a été vendue, le volé n'a aucun droit sur la somme payée par l'acheteur; il ne saurait mettre la main dessus sans s'exposer lui-même à l'action *furti* ou à l'action *bonorum vi raptorum*. Il n'y a pas de subrogation du prix à la chose dans la qualité de *res furtiva* [3].

3° Ulpien *(l. XLII ad Sabinum)* :

Inter omnes constat, etiamsi exstincta sit res furtiva, attamen furti remanere actionem adversus furem. Proinde mortuo quoque homine, quem quis furto abstulit, viget furti actio. Sed nec manumissio furti actionem extinguit : nec enim dissimilis est morti manumissio quod ad subtrahendum domino servum [4].

Mr Schulz estime [5] que ce passage appartient à Sabinus. Ulpien en effet généralise ensuite la solution ici donnée, et déclare expressément que la pratique en a adopté le principe : Apparet

[1] *Dig.*, 47. 2. fr. 48. 7. Lenel, *Paling.*, II, c. 1170, n° 2885. *Basil.*, 60. 12. 48. 7.

[2] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 84.

[3] Mais la solution sabinienne serait sans doute différente au cas où la *res furtiva* aurait été, non point échangée ou vendue, mais transformée. Sabinus admet, on le sait, au cas de spécification, que la *species nova* appartient au propriétaire de la chose ancienne. Cette *species nova* est donc furtive si la chose ancienne l'était. Julien (*l. XXII Digest. Dig.*, 13. 1 *fr.* 14 § 3) admet le volé à intenter à son sujet la *condictio ex causa furtiva*. Sur ce texte, voir Czyhlarz, *Die Eigenthumserwerbsarten*, pp. 297-298. Adde Ulpian (*l. XXXVII ad edict. Dig.*, 47. 2. fr. 52. 14), et cf. les commentaires de Czyhlarz, *l. c.*, pp. 372 et sqq. et de Mr Fitting, *Spécification*, *Arch. für civilistische Praxis*, XLVIII, p. 177.

[4] *Dig.*, 47. 2. fr. 36. pr. Lenel, *Paling.*, c. 1168, n° 2877. *Basil.*, 60. 12. 45.

[5] Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 82.

itaque, qualiterqualiter domino sit servus subtractus, attamen superesse adversus furem furti actionem, eoque iure utimur. Mais nous croirions volontiers que la phrase *Sed nec manumissio... domino servum* n'est pas de Sabinus, et a été insérée après coup dans le texte (par un commentateur des *Libri iuris civilis* autre qu'Ulpien, ou par les compilateurs?) Son style contraste assez nettement avec celui de la phrase précédente (*nec* mis pour *non*[1]; *extinguere actionem* d'un côté, *extinguere rem furtivam*, de l'autre; *quod ad subtrahendum domino servum*[2]). Et surtout son contenu trahit l'effort fait pour généraliser une solution particulière antérieurement admise et formulée. Nous y trouvons en effet une argumentation par analogie destinée à étendre à l'affranchissement la règle posée pour la mort de l'esclave volé. Pourquoi cette justification, sinon parce qu'elle a été ajoutée tardivement à un passage où la règle dont on argumente figurait déjà?

Au fond, notre témoignage se rattache toujours à la même idée : autre chose est la *res*, autre chose la *poena*. Même si la chose volée se trouve détruite, l'action *furti* subsiste contre le voleur. Cette règle s'accorde très bien avec celle que nous avons rencontrée plus haut[3], d'après laquelle la somme à multiplier pour obtenir la *poena* de l'action *furti* se calcule sur le *quod interfuit rem non subripi*[4].

29

Le cumul des *poenae* contre les coauteurs du vol pouvait parfois entraîner des conséquences rigoureuses. Le préteur avait remédié à l'une des plus dures de ces conséquences par son édit *Si familia furtum fecisse dicetur*[5]. Mais la protection de cet édit restait à plus

[1] Cf. Kalb, *Juristenlatein*, p. 122.

[2] *Quod ad* (*attinet* sous-entendu) est de bonne latinité, mais Sabinus n'eut guère écrit *quod ad subtrahendum domino servum* pour dire que (l'affranchissement produit le même effet que la mort) « en ce qu'il enlève l'esclave au maître. » *Subtrahi (morte)* est une expression de basse époque. Cf. *Dig.*, 43, 16, fr. 19 (Tryphoninus); 38, 2, fr. 14, 8 (Ulpien); 24, 1, fr. 13, 1 (Ulpien). On s'accorde à tenir ce dernier texte pour interpolé. Cf. Beseler, *Beiträge*, III, p. 63. La fin du premier a été suspectée par Pernice, *Labeo*, II, 2², p. 92, 3. Le second texte mériterait aussi examen.

[3] *Supra*, p. 722.

[4] Desjardins, *Traité du vol*, p. 209.

[5] *Supra*, pp. 567 et sqq.

d'un égard insuffisante. Il fallait la compléter, et, pour cela, faire prévaloir parfois l'esprit de l'édit sur sa lettre. Nous connaissons une intervention de Labéon en ce sens[1]. Nous en rencontrons aussi une de Sabinus.

Paul *(l. VII ad Plautium)* :

Quod ait praetor, cum familia furtum fecit, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur, quaeritur, utrum ad pecuniae praestationem respiciat an etiam ad noxae deditionem, utputa[2] si ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur, sequentes actiones inhibeantur. Sabinus et Cassius putant pretium quoque noxae deditorum imputari debere, quod Pomponius probat et est verum : nam et si servus indefensus ductus sit, aestimatio eius imputanda est[3].

La question posée par le texte se réfère à l'interprétation des termes de l'édit. Lorsqu'un *furtum* a été commis par une *familia*, le préteur autorise le maître à se libérer en offrant au volé *quantum si liber fecisset consequeretur*. Remarquons que l'édit ne dit pas : *quantum si servus unus fecisset consequeretur*. Cette dernière formule eût impliqué la possibilité de se libérer par l'abandon noxal d'un seul esclave. Mais la formule employée par le préteur ne touche pas à la question de l'abandon noxal. Il suit de là que, si le maître ne veut pas payer la *poena* pécuniaire, il doit abandonner toute sa *familia*[4]. Cela a paru sans doute bien rigoureux. Sabinus et Cassius, sans autoriser directement un abandon noxal partiel, décident : 1° que, si le prix des esclaves abandonnés égale ou dépasse le montant de la *poena*, le volé ne pourra plus agir *noxaliter* pour le reste de la *familia*[5] ; 2° que, si ce prix est inférieur

[1] *Dig.*, 47, 6, fr. 6, pr.

[2] *Vl* : Mommsen et Bremer, conformément aux scholies des *Basiliques* (fr. 7, 8, sch. 1).

[3] *Dig.*, 9, 4, fr. 31. Lenel, *Paling.*, I, c. 1239, et 1241 ; Bremer, II, 1, p. 377.

[4] Ulpian, *l. XXXVIII ad edictum*, *Dig.*, 47, 6, fr. 1, pr. : quanti eam res deberet.

[5] Nous attribuons à Sabinus et Cassius une décision où le texte ne la mentionne pas expressément, mais le mot quoque logique qu'il comporterait affirmativement à la question posée par Paul. Évidemment la question se rapporte au cas où le maître n'a abandonné qu'une partie des esclaves composant sa *familia*. C'est pour avoir supposé un abandon total que Dessannay (*Essai*, *In tol.*, p. 197) déclare que l'opinion de Sabinus et Cassius dénature complètement le caractère d'une action noxale.

au montant de la *poena*, il doit s'imputer sur celle-ci. Le volé ne peut donc agir que pour le reliquat.

Comment justifier le système adopté par Sabinus? Le texte n'est pas clair. Sans doute il ne regarde pas l'abandon partiel comme un véritable abandon noxal[1]. Bien plutôt il le tient, soit, à la rigueur, pour une *datio in solutum* de la *poena* (on sait que les Sabiniens font produire à la *datio in solutum* des effets *ipso iure*[2]), soit, plus probablement, pour une composition volontaire, susceptible, comme on sait, d'éteindre *ipso iure* l'action *furti*. Le texte, il est vrai, ne spécifie pas si Sabinus considère les autres actions noxales comme éteintes *ipso iure* ou *exceptionis ope*. Le mot *inhibeantur (sequentes actiones)* est ambigu[3], et, au surplus, n'appartient pas à Sabinus.

30

Sabinus aurait admis, dans le cas qui précède, l'extinction de l'action *furti* par simple pacte, à la suite d'une composition volontaire. Ce qui autorise cette interprétation, c'est l'analogie de ce cas avec un autre que traite également Sabinus, mais en termes plus explicites. Il s'agit encore d'une action *furti* noxale.

Paul *(l. IX ad Sabinum)* :

Interdum et manumissus et qui eum manumisit, ob furtum tenetur, si ideo manumisit, ne furti cum eo agi possit : sed si cum domino actum fuerit, ipso iure manumissum liberari Sabinus respondit, quasi decisum sit[4].

En principe, l'action *furti* noxale ne s'intente que contre un

[1] *Basil.*, 60, 5, 31, schol. 5. L'abandon partiel peut s'entendre de deux façons : ou bien il résulte d'une convention passée entre le volé et le *dominus*, ou bien il résulte d'un décret du préteur autorisant le volé à emmener l'esclave présent qui n'est pas défendu (*et si servus indefensus ductus sit*, dit notre texte). Mais, même dans ce second cas, on peut parler de *datio in solutum* : car le *dominus* doit faire un acte positif de translation de propriété. Girard, *les Actions noxales. Nlle Rev. Hist.*, XI (1887), p. 426, 1.

[2] Gaius, III, 168.

[3] Toutefois il s'entendrait mieux d'une extinction *exceptionis ope*. Notons qu'*inhibere actionem*, *inhibere vindicationem*, *inhibere sententiam*, se rencontrent dans des textes suspects : p. ex. *Dig.*, 27, 9, fr. 10; 44, 7, fr. 34, pr., et peut-être 15, 1, fr. 52, pr.

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 42, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 1278, n° 1799; Bremer, II, 1, p. 361. *Basil.*, 60, 12, 42. Cf. 60, 12, 17, sch. 1.

défendeur qui a le coupable en sa puissance au moment de la *litis contestatio*. Cette action ne survit pas à la disparition de la puissance[1]. Ainsi le volé ne peut agir *noxaliter* contre le maître qui a affranchi le voleur. Mais il a une action *furti* directe contre l'affranchi. — Toutefois l'action contre le maître peut survivre exceptionnellement, lorsque le maître ne s'est débarrassé de l'esclave que pour éviter l'action noxale. En pareil cas, le préteur donne au volé contre l'affranchissant une action *in solidum*, et le fait triompher à condition de prouver *servum eius in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset*[2]. Le volé peut donc alors agir *furti* soit contre l'affranchissant soit contre l'affranchi[3]. Mais les deux actions ne se cumulent point. La *litis contestatio* faite avec l'affranchissant libère l'affranchi *ipso iure*, dit Sabinus. Et les jurisconsultes classiques disent plus généralement — sans que nous puissions savoir si cette généralisation remonte aussi à Sabinus — que la *litis contestatio* faite avec l'un quelconque des défendeurs libère l'autre : mais ils n'admettent plus qu'une libération *exceptionis ope*[4]. Le système de Sabinus s'explique d'ailleurs à merveille. Lorsque le volé a fait *litis contestatio* avec le *dominus*, il a accepté de composer *decidere*[5] avec lui au sujet du vol commis[5]. Or l'engagement pris de composer éteint l'action *furti*[6], et il l'éteint *ipso iure* : « Ipso iure manumissum liberari Sabinus respondit, quasi decisum sit. » Tout autre est le raisonnement des classiques, qui ne parlent point ici de transaction, mais qui invoquent le but poursuivi par le préteur

[1] Girard, *les Actions noxales*. *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XI (1887), pp. 434 et sqq.

[2] Paul., *l. XVIII ad edictum*, *Dig.*, 9, 4, fr. 22, 4. Girard, *l. c.*, p. 520, n. 3, *in fine*.

[3] Paul., *l. XVIII ad edictum*, *Dig.*, 9, 4, fr. 24 : De illo videndum, utrum [...] tantum [.....] actio locum habeat [.....] si ex dolo eius accideret, ut esset noxalis actio (forte si servo suo furam mandavit) an et si possit mixta manus cum alio agi (quod accidit cum alienatus manumissusve est). Quod est verius : in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptione damnum et qui manumisit. Hoc et Labeo. Sabinus ne semble pas admettre l'espèce d'exception de discussion que Julien et Labéon, avant lui, donnaient au manumittens.

[4] Paul., *l. XVIII ad edictum*, *Dig.*, 9, 4, fr. 26, pr. : Unus ex reis alterum liberabit : id enim praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret, ideoque exceptione a sequenti summovebitur.

[5] *Supra*, pp. 75-76. La scholie 3 des *Basiliques* (60, 12, 17) traduit *quasi decisum sit* par ὡς ἐξαιρεθέντος, ἐπὶ τῇ ἀγωγῇ γεγενημένου.

[6] Cf. Girard, *Manuel*[1], p. 396, 3.

en créant l'action *in solidum* contre le maître *qui dolo desiit possidere*. Aurions-nous là une trace de cette tendance à restreindre l'extinction *ipso iure* des actions pénales par simple pacte qu'on relève chez les classiques, encore qu'on la conteste parfois ?

31

Il faut mentionner enfin, bien qu'il nous apprenne peu de choses nouvelles sur l'extinction de l'action *furti*, un dernier témoignage de Sabinus.

Ulpien *(l. XLI ad Sabinum)* :

Quamdiu vivit is qui furtum fecit, non perit furti actio : aut enim sui iuris est qui furtum fecit, et cum ipso actio est, aut alieni iuris esse coepit, et actio furti cum eo est, cuius potestati subiectus est : et hoc est quod dicitur « noxa caput sequitur [1] ».

MM. Lenel et Schulz [2] attribuent ce passage à Sabinus. L'attribution est rendue très vraisemblable par l'existence, chez Ulpien, d'un commentaire des mots *quamdiu vivit* et *noxa caput sequitur* [3].

L'action pénale de vol s'éteint par la mort du délinquant survenue avant la *litis contestatio* [4]. Elle n'est pas transmissible passivement. Mais s'éteint-elle aussi par la *capitis deminutio minima* (par exemple si le coupable est un homme *sui iuris* qui se donne en adrogation, ou une femme *sui iuris* qui fait *conventio in manum)?* Sabinus répond négativement en s'appuyant sur la règle *Noxa caput sequitur*. Nous n'avions vu appliquer jusqu'ici cette règle qu'à l'esclave qui change de maître ou qui est affranchi [5]. Nous avions vu ainsi l'action noxale se transformer, après la *manumissio*, en action directe. Nous n'avions pas rencontré la transformation inverse de l'action directe en action noxale. Néanmoins il n'est pas probable que cette règle soit nouvelle et que Sabinus en soit l'auteur [6] : ni la façon catégorique dont celui-ci présente sa décision, en la reliant à

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 41, 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 1165, n. 2868. Cf. *Basil.*, 60, 12, 41, 2.

[2] Lenel, *Paling.*, II, c. 1165 ; Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 79.

[3] *Dig.*, 47, 1, fr. 1, pr., 1 et 2.

[4] Desjardins, *Traité du vol*, p. 204.

[5] *Supra*, pp. 96 et sqq., et 685.

[6] Les classiques admettent de la façon la plus large le principe admis par Sabinus. Ulpien *(Dig.*, 4, 5, fr. 2, 3) et Paul *(Dig.*, 4, 5, fr. 7, 1) formulent à ce propos des *regulae* générales.

une règle générale couramment admise (= *hoc est quod dicitur...*), ni ce que nous savons des idées auxquelles cette règle correspond[1], n'autorisent cette supposition. Notre texte serait peut-être plus intéressant pour l'histoire de la *capitis deminutio* que pour l'histoire du *furtum*[2]. Il faudrait rechercher, d'une part, s'il vise uniquement, comme nous l'avons supposé, des cas de *capitis deminutio minima*, et s'il ne vise pas aussi des cas de *capitis deminutio maxima*[3], et, d'autre part, si les conclusions ainsi dégagées, quelles qu'elles soient, peuvent être versées au débat pendant sur l'antériorité des diverses formes de *capitis deminutio* les unes par rapport aux autres[4]. Mais cette étude sortirait des limites de notre travail.

32

Nombreux sont les témoignages de Sabinus sur le *furtum* que nous avons relevés. Sans doute des travaux approfondis sur la langue et la syntaxe de Sabinus, de Cassius, de Pomponius, de Paul et d'Ulpien permettraient-ils d'en accroître le nombre. Bien souvent, en dépouillant les *Libri ad Sabinum*, on entrevoit, — ou on croit entrevoir, — sous les surcharges des commentateurs et des interpolateurs, la trame forte et simple qui les soutient. Peut-être parviendra-t-on quelque jour à démêler ce qu'il y a de vrai et de faux dans ces impressions irraisonnées. Quoi qu'il en soit, le maté-

[1] Girard, *les Actions noxales*, N. *Rev. Hist.*, XI (1887), p. 418.

[2] Voy. surtout Gaus, *Zur Lehre von der capitis deminutio*, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, II, pp. [illegible], p. 346.

[3] Le témoignage de Gaius (*Inst.*, IV, 77) contraste précisément avec celui de Sabinus en ce qu'il mentionne expressément la *capitis deminutio maxima* : Ea diversa quoque directa actio noxalis esse incipit ; nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae antea directa fuit. Les *Institutes* de Justinien (IV, 8, 5) sont plus brèves dans le même sens et supprimant la mention de l'adrogation : Si liber homo noxiam commiserit *et is servus tuus esse coeperit*... Enfin la loi 6 des *Basilique* (IV, 10, 41) si supposer aussi que le cas d'application normal du principe formulé par Sabinus est celui d'une *capitis deminutio maxima* : [illegible]

[4] Cf. Desserteaux, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, I, 1909.

riel des textes actuellement identifiés suffit pour attribuer à Sabinus sa place parmi les jurisconsultes qui ont touché à notre matière. Cette place est fort honorable. Il faut l'avouer, même quand on s'abstient systématiquement de jugements de valeur. Ce n'est pas notre faute si une étude de sources consacrée au *furtum* nous a presque amené à écrire une monographie sur Masurius Sabinus, et si cette monographie conclut d'elle-même à une réhabilitation du répétiteur besogneux et opportuniste[1] qu'on a si souvent maltraité, sur la foi de Pomponius, en le sacrifiant au grand seigneur doctrinaire qu'était Labéon. Masurius Sabinus ne fait peut-être pas figure d'homme irréprochable. Mais convenons, quoi qu'il en coûte à notre appétit de justice rétrospective, qu'il avait du talent.

[1] Pomponius, *l. singulari Enchiridii. Dig.*, 1, 2, fr. 2, 48-50. Cf. Bremer, *Die Rechtslehrer und Rechtsschulen*, Berlin, 1868, p. 48.

CHAPITRE XVII

LA COMPOSITION DU COMMENTAIRE III (§§ 183-209) DE GAIUS

§ 1. Les diverses masses de matériaux discernables dans ce passage de Gaius. — § 2. La controverse relative aux *genera furtorum*. Les sources du § 183. — § 3. La terminologie appliquée par Labéon aux actions qui ne sanctionnent pas, selon lui, des *genera furtorum* (actions *concepti* et *oblati*). — § 4. Les définitions du *furtum manifestum* (§ 184) et leurs sources. — § 5. La définition du *furtum nec manifestum*. — § 6. Les définitions du *furtum conceptum* et du *furtum oblatum*. — § 7. L'action *furti prohibiti*. — § 8. La répression des *furta* précédemment définis (§§ 189-192). — § 9. La critique de la perquisition *lance licioque*. La distinction du *furtum manifestum lege* et du *furtum manifestum natura* (§§ 193-194), et la controverse élevée à ce propos. — § 10. Les méthodes dont se réclament les participants à cette controverse. La querelle de l'anomalie et de l'analogie. — § 11. L'attitude prise dans le débat par les anciens jurisconsultes romains. Q. Mucius Scaevola. — § 12. Servius et les *auditores Servii*. — § 13. La méthode analogiste chez Labéon. — § 14. La méthode anomaliste chez Masurius Sabinus. — § 15. Application des résultats de cette étude à l'identification des sources du § 194. — § 16. La transition du § 195, et la formule sabinienne relative à la notion du *furtum*. — § 17. La composition des paragraphes 196 à 202. — § 18. Le *furtum usus* (§§ 196-197). — § 19. Difficulté spéciale soulevée par l'exigence d'une *contrectatio invito domino* (§ 198). — § 20. Le *furtum* portant sur des personnes libres (§ 199). — § 21. Le *furtum suae rei* (§ 200) commis aux dépens du créancier gagiste ou du possesseur *bonae fidei*. — § 22. L'*usucapio pro herede* et l'*usurreceptio fiduciae* (§ 201). — § 23. Le *furtum ope consilio factum* (§ 202). — § 24. La légitimation active de l'action *furti* (§§ 203-207). — § 25. La légitimation passive de l'action *furti* (§ 208). — § 26. Le *furtum* et la *rapina* (§ 209). — § 27. Conclusion.

Les ouvrages élémentaires qui nous sont parvenus indépendamment des compilations de Justinien (notamment les Institutes de Gaius et les Sentences de Paul) contiennent des renseignements importants sur l'ancien *furtum*. Ces renseignements devraient figurer dans notre dépouillement, si nous en pouvions identifier les sources. Malheureusement la penurie des références rend cette identification presque impossible si l'on se borne à considérer chaque témoignage pris isolement et séparé du contexte. Il faut, pour arriver à des résultats vraisemblables, rompre avec une méthode trop analytique, et étudier ces témoignages en les groupant, en réunissant tous ceux que rapprochent certaines affinités, en opposant

tous ceux que séparent des contrastes, et enfin en reconstituant, s'il se peut, les intentions de l'auteur qui les a entrelacés. Pour qu'une telle étude aboutisse, il faut évidemment que la matière y prête. C'est pourquoi, renonçant à la tenter pour les Sentences de Paul, trop étriquées et trop mutilées, nous ne l'entreprendrons que pour les Institutes de Gaius, qui fournissent aux conjectures quelques points d'attache assez sûrs.

1

On ne soutient plus guère aujourd'hui l'unité et l'homogénéité des Institutes de Gaius. Mr Fitting est peut-être le dernier historien[1] à résister aux arguments qui démontrent le caractère composite de l'œuvre que nous possédons sous ce nom[2]. Même les critiques les plus conservateurs doivent confesser qu'il existe dans le manuscrit de Vérone des additions postérieures à Gaius, que Gaius lui-même a travaillé sur un original ancien, et que cet original pouvait déjà renfermer des pièces disparates. Toute la difficulté est de reconnaître et de délimiter les matériaux ainsi juxtaposés, et d'en fixer les âges respectifs.

La nécessité d'employer une terminologie suffisamment claire nous oblige à anticiper sur les résultats de l'étude qui va suivre. Cette étude nous conduira à reconnaître dans les §§ 183-209 (mais dans ces paragraphes seulement : gardons-nous de généraliser prématurément!) trois masses de matériaux distincts :

1° Une première masse comprend des matériaux en grande partie anciens, qui avaient déjà été mis en œuvre vers la fin de la République ou le début de l'Empire. La composition des développements correspondants, et les ressemblances qui les rapprochent du *De furtis*, nous autorisent à la rattacher à la tradition sabinienne primitive. Nous désignerons ce premier noyau comme l'archétype des *Institutes*.

[1] Fitting, *Alter und Folge*², pp. 56-58. Cf. Girard, dans *Göttingische gelehrte Anzeige*, 1910, pp. 256-257.

[2] Voy. notamment Affolter, *Das römische Institutionensystem*, 1897; Krueger, *Quellen*², pp. 209 et sqq.; Kuebler, v° *Gaius*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, VII, c. 497; Girard, *Textes*², pp. 222-223; et, en dernier lieu, Knipp, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, Iena, 1910 (et *Gai Institutionum commentarius primus*, Iena, 1911; *Commentarius secundus* §§ 1-96, Iena, 1912; *Commentarius secundus* §§ 97-289, Iena, 1913).

2° Une seconde masse comprend certaines additions et corrections insérées dans l'archétype par un auteur postérieur. Ces additions portent parfois l'empreinte d'influences proculiennes. Nous donnerons à l'œuvre résultant de l'incorporation de ce commentaire dans l'archétype le nom de première version des Institutes.

3° Une troisième masse comprend les remaniements, corrections, additions faits à la première version, le plus souvent par Gaius lui-même, et, exceptionnellement, par des auteurs postérieurs à Gaius. Cette masse s'ajoute aux deux précédentes pour former la deuxième version des Institutes, telle qu'elle figure dans le manuscrit de Vérone.

Cette deuxième version n'est pas la dernière : il est évident, par exemple, que les Institutes de Justinien forment un autre remaniement du même texte original.

La justification de la conjecture qui vient d'être formulée résulte d'une étude minutieuse des §§ 183-208. Nous allons l'entreprendre paragraphe par paragraphe.

2

L'exposé que les Institutes consacrent au *furtum* débute par un essai de classification des *furta*. Une controverse sur ce sujet avait opposé Servius Sulpicius et Masurius Sabinus d'une part, à Labeon d'autre part :

183. Furtorum autem genera Ser. Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.

A l'exposé des deux systèmes adverses se joint une justification du second, celui de Labéon : *nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum*. De qui est cette justification ? Sans doute provient-elle, au moins au fond, de Labéon : il s'agit de légitimer un système qui est le sien, et de le légitimer par une distinction entre le *genus* et la *species*. L'argument trahit ses origines. Labeon a toujours apporté en effet un soin par-

* Voy. Fabre, Compte rendu du livre de M. Kaser, dans Zeitschr. der Savigny Stiftung, XXXII (1911), R. A., pp. 397-399.

ticulier à distinguer le *genus* de la *species*[1], et a souvent employé de pareilles distinctions à réformer les classifications de ses devanciers[2].

Quant aux mots *quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit*, ils n'appartiennent pas à Labéon, puisqu'ils approuvent le système de Labéon, en remettant à plus tard le soin de justifier cette approbation. Mais, puisqu'ils ne sont là que parce que la classification de Labéon y est, il faut supposer qu'ils ont été insérés en même temps que cette classification[3].

Voilà donc un certain nombre d'éléments définis : citations de Servius, de Sabinus, de Labéon, commentaire d'un auteur postérieur. Comment ont-ils été recueillis et combinés dans la deuxième version des Institutes?

1° Servius. Il n'a pas été cité de première main par l'auteur de la deuxième version. Les œuvres de Servius n'étaient plus utilisées directement dès la fin du premier siècle[4] (après Jésus-Christ). A

[1] Ulpian., *l. XXVIII ad edict. Dig.*, 13, 5, fr. 1, 1 : Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem...; *l. XLIII ad edict. Dig.*, 50, 16, fr. 194 : Inter donum et munus hoc interest, quod inter genus et speciem : nam genus esse donum Labeo a donando dictum, munus speciem. Cf. Pernice, *Labeo*, I, pp. 23-24.

[2] Voy. p. ex. Gaius, I, 188 : Apparet quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio... Hoc solum tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent. Cf., sur cette controverse, Kniep, *Commentarius primus*, pp. 304-305. Nous croirions volontiers que c'est Labéon qui a substitué la classification bipartite des actions en actions *in rem* et *in personam* à la classification quadripartite des *veteres*. Gaius, IV, 1 :... Si quaeramus quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. Nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse.

[3] Deux particularités de style se relèvent dans cette phrase : 1° L'emploi inutile du comparatif *inferius* (au lieu de *infra*). Kalb, *Roms Juristen*, p. 75 ; Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, pp. 58 et 64. 2° L'emploi de *videtur*. Kniep, p. 63. Mr Kniep range ces deux particularités parmi celles qui caractérisent le style de Gaius. Mais les exemples donnés à l'appui étant tous tirés des *Institutes*, nous ne savons pas s'ils se réfèrent au style du Gaius qui a écrit aussi les *Libri ad edictum provinciale*, la monographie sur les Douze Tables, les *Res cottidianae*, etc., ou plutôt au style du rédacteur de la première version des *Institutes*, quel qu'il soit. Cette observation diminue beaucoup la portée des critères que Mr Kniep tire du style de Gaius pour séparer les éléments constitutifs des *Institutes*.

[4] Sanio, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon*, 1858, pp. 71 et sqq.; Jobbs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* I, p. 253, 2; Vernay, *Servius et son école*, p. 32. Mr Bremer, I, pp. 154-155,

peine si certains auteurs de monographies (par exemple Neratius) les consultaient encore sur des points spéciaux[1]. Mais il est fort douteux qu'elles fussent même entre les mains d'archéologues comme Aulu-Gelle[2]. Dans ses autres ouvrages, Gaius a très rarement mentionné Servius, et, là où il l'a fait, on a encore des raisons de croire qu'il ne l'a connu qu'indirectement[3]. Concluons : il avait trouvé la citation de Servius dans la première version des Institutes. La même conclusion s'imposerait pour plusieurs des six passages[4] où revient dans ce manuel le nom de Servius : en général le contexte implique une référence de seconde main[5].

Mais où la première version avait-elle pris elle-même la citation de Servius? Le texte s'exprime de telle sorte qu'il faut conclure qu'il l'a prise chez Sabinus : *Ser. Sulpicius et Masurius Sabinus... dixe-*

exprime sous forme dubitative *(fortasse)* l'idée que Pomponius et Gaius ont encore pu avoir entre les mains les œuvres de Servius.

[1] Gell., IV, 4, 4 : dans sa monographie *De nuptiis*, Neratius a utilisé le *Liber de dotibus* de Servius.

[2] Aulu-Gelle cite probablement Servius de seconde main, 1° IV, 3 et IV, 4 : il le cite d'après Neratius. En ce sens Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den N. A. des A. Gellius. Hinterlassene Schriften*, I, p. 32; Hosius (*A. Gellii Noctium Atticarum libri XX*), Praef., I, pp. xxx-xxxi; *Contra* Nettleship, *Lectures and Essays*, Oxford, 1885, p. 267. — 2° IV, 2, 12 : il cite Servius d'après Labéon, cité lui-même par Caelius Sabinus. Dirksen, pp. 41 et sqq.; Hosius, I, p. xxx. — 3° IV, 1, 20 : il cite Servius d'après Mas. Sabinus. Dirksen, p. 35; Hosius, I, p. xxx. — 4° VII (VI), 12, 1 : il le cite d'après un auteur qui le citerait en même temps que Trebatius. Merklin, *Die Citiermethode und Quellenbenutzung des A. Gellius in den Noctes Atticae. Jahrb.* de Fleckeisen, Suppl. III (1860), p. 648; Kretzschmer, *De A. Gellii fontibus. I. De auctoribus A. Gellii grammaticis* (Diss. Greifswald), pp. 59 et 64; Hosius, I, p. xxxvii.

[3] Il le mentionne une seule fois dans son commentaire des XII Tables (Gaius, *l. V ad legem XII Tab. Dig.*, 50, 16, fr. 237). La monographie antérieure sur la même matière étant due à Labéon, et Labéon ayant sûrement utilisé les recherches que Servius lui avait consacrées, il n'est pas trop osé de conjecturer que Gaius mentionne ici Servius d'après Labéon, bien qu'il ne prononce pas le nom de ce dernier (Bremer, II, 1, p. 81). — Il mentionne une autre fois Servius dans son commentaire de l'Édit provincial (Gaius, *l. VII ad ed. provinc. Dig.*, 50, 16, fr. 30, pr.), mais apparemment d'après certains auteurs qu'il ne nomme pas (= *quidam*): Silva caedua est, ut quidam putant, quae..... ; Servius eam esse quae...

[4] Outre notre passage, voy. les passages suivants : I, 188; II, 244; III, 149; 156; 179. Fitting, *Alter und Folge*², p. 58.

[5] Trois passages ne font pas difficulté : 1° I, 188 : quidam quinque genera (*i. e.* tutelarum) esse dixerunt, ut Q. Mucius; alii tria, ut S. Sulpicius; alii duo, ut Labeo. Alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent. Les derniers en date des auteurs énumérés ici (Labéon? ou les anonymes mentionnés après lui?) devaient exposer la controverse, et, par conséquent, citer Servius, avant de donner

runt. On aurait pu supposer sans cela qu'il l'avait prise chez Labéon : car Sabinus cite rarement Servius (deux ou trois fois tout au plus dans les témoignages que nous possédons [1]), tandis que Labéon le cite souvent, ainsi que ses élèves [2].

2° Labéon. Il n'a pas été cité de première main par l'auteur de la deuxième version des Institutes. Les œuvres de Labéon n'étaient guère plus accessibles aux jurisconsultes du IIe siècle que celles de Servius : Gaius ne cite que deux fois Labéon (dans ses *Libri ad edictum provinciale* [3]), et l'une au moins de ces citations est tirée, non de l'édition originale, mais de l'édition annotée due à Proculus [4]. Sans doute Gaius s'est-il servi du commentaire de Labéon sur les Douze Tables pour écrire son ouvrage sur la même matière. Mais il n'en reste aucun indice. Gaius devait avoir trouvé la citation de Labéon dans la première version des Institutes. Les Institutes ne citent Labéon que six fois, — pas plus que Servius, — ce qui est peu. Parmi leurs références, les unes semblent données de seconde main, les autres sont douteuses [5].

une opinion personnelle. — 2° II, 244 : Servius recte legari putat... : Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant. Servius et Sabinus sont cités d'après Cassius. — 3° III, 156 : Servius negavit..., sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis... Servius est cité d'après Sabinus. — Deux autres passages sont plus douteux : 1° III, 149 : Serv. Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia... — 2° III, 179 : Servius... Sulpicius existimavit... et illud respondit... Sed in utroque casu alio iure utimur. Dans ces deux cas, Servius doit être cité d'après quelque auteur postérieur qui, dans le premier cas, accepte, et, dans le second, repousse sa doctrine.

[1] Il faut éliminer le fr. 19, 1 (*Dig.*, 19, 2), qui prouverait tout au plus que Sabinus a cité Servius d'après Labéon (= Ita Servio Labeoni Sabino placuit). Cf. Bremer, I, p. 153; II, pp. 322-323. Restent alors seulement un passage de Gaius, III, 156, et un passage des *Libri ad Vitellium* (Ulpian., *Dig.*, 34, 2, fr. 19, 17). Encore, si l'on admet la conjecture ingénieuse de Me Baviera (*Di una congettura sull' indole dei libri ad Vitellium di Masurio Sabino. Scritti giuridici*, I, 1909, pp. 120-142. Voy. aussi Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*², 1903, p. 104, n. 16) sur la nature des *Libri ad Vitellium*, peut-on penser que la citation de Servius dans le dernier texte provient de l'œuvre de Vitellius.

[2] Voy. les renvois dans Bremer, I, p. 152; II, 1, pp. 27-28. Ulpien cite généralement Servius d'après Labéon, une seule fois d'après Fabius Mela (Bremer, I, p. 155). Pour le fr. 19, 1 (*Dig.*, 19, 2), voy. *supra*, n. 1.

[3] Fitting, *Alter und Folge*², pp. 54 et 58. Les textes dans Bremer, II, 1, p. 42.

[4] *Dig.*, 35, 1, fr. 69 : Labéon est cité d'après Proculus (= *apud Labeonem Proculus notat*). On ne peut rien conclure du fr. 2, 2 (*Dig.*, 9, 2).

[5] *Inst.*, I, 188 : Labéon peut être cité d'après les *alii qui tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent* (*supra*, p. 739, n. 5); — II, 231 : Labéon est cité d'après Proculus ; — III, 140 : Labéon est cité d'après Cassius. — On ne peut rien conclure des passages suivants : *Inst.*, I, 135; IV, 59.

Mais l'auteur de la première version des Institutes avait-il cité Labéon de première main, ou bien avait-il emprunté cette référence à Masurius Sabinus? Ce qui pourrait faire pencher pour l'affirmative[1].

[1] Car nous n'envisageons pas la question inverse : Mas. Sabinus est-il cité d'après Labéon? — bien qu'elle puisse à la rigueur se poser. L'habitude où l'on est de classer les jurisconsultes romains dans des séries chronologiques linéaires fait oublier trop aisément que Labéon est le contemporain de Sabinus, et son aîné d'assez peu d'années. D'après Pomponius (*Dig.*, 1, 2, fr. 2, §§ 48 et 50), Sabinus avait près de cinquante ans quand il fut admis dans l'ordre équestre; il reçut ensuite, — c'est-à-dire vers sa cinquantième année, ou plus tard, — de l'empereur Tibère le *ius respondendi*, et fut même le premier chevalier qui obtint cette faveur. Tibère ayant régné de 14 à 37 après J.-Chr., cela nous amène à placer la naissance de Sabinus avant 741 U. C. (= 13 av. J.-Chr.), cette date étant d'ailleurs une date extrême, car Sabinus a pu recevoir le *ius respondendi* au début du règne de Tibère, et à un âge où il avait sensiblement dépassé la cinquantaine (supposons par exemple qu'il eût reçu le *ius respondendi* dès l'an 14, et qu'il fût sexagénaire à cette époque, nous placerons sa naissance en 708 = 46 : date sans doute exagérée en sens inverse de la première, mais qui montre à quelle limite les données chronologiques nous permettent d'atteindre). On n'objectera pas, d'ailleurs, la prétendue survie de Sabinus jusqu'au temps de Néron. Pernice a montré (*Encyclop. der Rechtswissenschaft*, p. 152; *contra* Bremer, II, 1, p. 314, 2) que le texte de Gaius (II, 218) dont on tire argument en ce sens ne peut s'appliquer qu'à Caelius Sabinus. Or la carrière juridique de Mas. Sabinus doit avoir commencé dès avant l'époque où le *ius respondendi* lui fut concédé : pour que cet homme pauvre et de naissance obscure (Pomponius, *Dig.*, 1, 2, fr. 2, 50) eût obtenu cette faveur insigne, il fallait qu'il se fût déjà fait un nom comme praticien et comme professeur. Il devait avoir commencé d'enseigner bien avant la fin du règne d'Auguste. Cela se confirme si l'on remarque qu'un de ses élèves, C. Cassius, est parvenu au consulat dès l'an 30 (*C. I. L.*, X, 1233). — Or Labéon n'est mort que sous le règne de Tibère, après 768 = 15 et avant 775 = 22 (Bremer, II, 1, p. 9; Krueger, *Quellen*², p. 155 et Pernice, *Labeo*, I, pp. 12-13, proposent pour terme *a quo* l'année 763 = 10; Jörs, V° *Antistius*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, l'année 758 = 5). Travailleur méthodique et fécond, il a continué à écrire jusqu'à la fin de sa vie. On sait qu'il a laissé quarante livres de droit civil (*Posteriores libri*) qui n'ont été publiés qu'après sa mort (Krueger, *Quellen*², p. 157). — Il ne faudrait donc pas étendre nos données chronologiques jusqu'à leur limite d'élasticité pour supposer que Labéon a connu et discuté telles ou telles assertions de Sabinus. La façon dont s'exprime Gaius à propos de la classification des *furta* autoriserait à la rigueur pareille supposition. — Mais, pour donner à cette idée plus de consistance, il faudrait disposer de quelques témoignages impliquant que Labéon a effectivement opiné parfois sur certaines questions après Sabinus. On devrait naturellement chercher ces témoignages dans les *Posteriores libri*. Or c'est là que le terrain manque. On sait que les rédacteurs du *Digeste* ont utilisé dans leur travail de compilation non l'œuvre originale de Labéon, mais seulement l'*Epitome* qu'en a composée Javolenus. Une citation de Mas. Sabinus transmise par cette voie (p. ex. *Dig.*, 19, 1, fr. 50) paraît donc provenir de Javolenus, qui ne s'est pas fait faute d'insérer dans les développements qu'il abrégeait maints rétrécissements au texte original (exemples : citations de Proculus : *Dig.*, 24, 1, fr. 64; 26, 2, fr. 33; 29, 5, fr. 63, fr. 100, 2; 35, 1, fr. 40, 5. Pro-

c'est que Sabinus, plus jeune que Labéon, l'a souvent cité[1]. Mais la négative doit l'emporter ici : notre paragraphe met en effet la doctrine de Labéon au premier plan; il en développe les raisons; il s'y rallie (= *quod verius est*). On ne comprendrait guère que le compilateur de la version primitive eût trouvé dans une œuvre de Sabinus l'argumentation même destinée à le combattre.

3° Sabinus. Gaius l'a-t-il cité de première ou de seconde main ? A première vue, l'impression est tout autre que pour Servius ou Labéon. D'après les relevés de Mr Fitting[2], Gaius s'est souvent référé à Sabinus dans les fragments de ses œuvres recueillis au Digeste (six fois dans les *Libri ad edictum provinciale*, une fois dans les *Libri de manumissionibus*, deux fois dans les *Res cottidianae*). Même abondance de citations dans les Institutes. Il y a eu, ici comme là, une utilisation méthodique de la tradition sabinienne. Est-ce à dire toutefois que les références visent, ici ou là, les édi-

culus serait-il le premier éditeur des *Posteriores libri ?)*; — citation d'un certn Caecilius (*Dig.*, 24, 1, fr. 64), qui est soit Sex. Caecilius Africanus, soit — le texte étant corrompu — Caelius Sabinus. Bremer, II, 1, p. 403; Krueger, *Quellen*², p. 194, 26). — Quant aux passages d'Ulpien (dans les *Libri ad edictum*) où figurent des références impliquant l'adhésion de Labéon à telle ou telle opinion de Sabinus, ils ne peuvent s'invoquer ici : car ces références y ont été insérées après coup, sur une rédaction primitive faite sans leur secours. Ce système de placage se révèle par exemple dans un texte qui semblerait à première vue assez probant (Ulpian., *l. LXXI ad edict. Dig.*, 43, 26, fr. 8, 1 : Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur : et ita et Sabinus et Celsus scribunt eoque iure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere) : si Labéon a pu approuver et compléter Sabinus, il n'a pu approuver ni compléter Juventius Celsus. De même Ulpian., *l. XXIV ad edict. Dig.*, 10, 4, fr. 7, 7 : Non male Pomponius iungit... : et ita Labeoni placet; *l. I ad edict. aed. cur. Dig.*, 21, 1, fr. 17, 15 : Caelius ait et Labeo probat. Caelius Sabinus et Pomponius sont bien postérieurs à Labéon. Voy. encore Ulpian., *l. XXXII ad edict. (Dig.*, 19, 2, fr. 13, 8): Sabinus distinguit...; et ita Labeo et Mela scribunt; *l. LXVIII ad edict. (Dig.*, 43, 14, fr. 1, 7) : Utile interdictum competere Sabinus consentit : et ita Labeo; — *l. XLII ad Sabin. Dig.*, 47, 7, fr. 3, 5 : radix arboris non videtur arboris appellatione contineri... ; quam sententiam Labeo quoque probat (la première partie du texte appartient à Sabinus. Schulz, *Sabinusfragmente*, p. 84; la citation de Labéon a été ajoutée par Ulpien). — Ce procès-verbal de carence a son importance. Sans doute Labéon ne combattait pas Sabinus quand il proposait une classification nouvelle des *furta*. Il s'en prenait uniquement à Servius.

[1] Voy. Pernice, *Labeo*, I, pp. 87-89; Krueger, *Quellen*², p. 159, n. 35; Bremer, II, 1, p. 30; p. 323; p. 349. Voy. aussi *supra*, pp. 557, 564, 579, 580.

[2] Fitting, *Alter und Folge*², pp. 54, 55, 58, 59; Bremer, II, 1, pp. 331-332.

tions originales de Sabinus ? C'est une autre question[1]. Il y a eu de bonne heure des rééditions annotées de Sabinus. Ariston, nous le savons, en avait composé une, et Aulu-Gelle ne citait Sabinus que d'après cette édition[2]. Les Institutes mentionnent aussi une annotation de Fufidius sur Sabinus[3]. Mais surtout il parait que, dans l'école sabinienne, et plus tard même, dans tous les milieux juridiques[4], on citait volontiers Sabinus d'après Cassius. C. Cassius Longinus avait écrit en effet des *Libri iuris civilis* qui, quoique suivant un plan légèrement différent des *Libri iuris civilis* de son maître, devaient en reproduire la substance[5]. Or on est très frappé de constater combien de citations de Sabinus sont tirées de Cassius, soit dans les *Libri ad edictum provinciale*, dans les *Libri de manumissionibus* et les *Res cottidianae* de Gaius, soit dans les Institutes. Une énumération est plus éloquente que toute autre forme de démonstration :

Ad edict. provinciale :

l. I (*Dig.*, 2, 1, fr. 1, pr.) : Sabino Cassio Proculo placuit.
l. VI (*Dig.*, 9, 4, fr. 15) : Sabinus et Cassius... putant.
l. IX (*Dig.*, 16, 3, fr. 14, 1) : Sabinus et Cassius... dixerunt.
l. X (*Dig.*, 18, 1, fr. 35, 5) : Sabinus et Cassius existimant.

Libri de manumissionibus :

l. III (*Dig.*, 40, 4, fr. 57) : Hoc est consequens Sabini et Cassii sententiae.

Res cottidianae :

l. II (*Dig.*, 41, 1, fr. 7, 7) : Sabinus et Cassius putant.
Sabinus et Cassius senserunt.

Institutes :

I, 196 : Sabinus quidem et Cassius... putant.
II, 79 : Idque maxime placuit Sabino et Cassio.
II, 195 : Sabinus et Cassius... putant.
II, 244 : Sabinus et Cassius... putant.
III, 133 : Sabino... et Cassio visum est.

[1] Cf. l'opinion de M. Ferrini, *Alter und Folge?*, pp. 54 et 58 : « wird zwar kaum die unmittelbare Benutzung nicht wird zweifelhaft sein.
[2] *Supra*, p. 650.
[3] Gaius, II, 154. Krueger, *Quellen*², p. 17.
[4] Voy. notamment Bremer, II, 2, pp. 14 et sqq., II, 1, pp. 328 et sqq.
[5] Krueger, *Quellen*², p. 169; Bremer, II, 2, pp. 31-35.

III, 161 : Idque maxime Sabino et Cassio placuit.

IV, 79 : Sabinus et Cassius... crediderunt.

IV, 114 : Vulgo dicitur Sabino et Cassio placere.

IV, 170 : Hanc opinionem... Sabinus et Cassius secuti fuerint.

Voilà donc seize citations de Sabinus qui peuvent être empruntées à Cassius (sur un total de vingt-trois [1]). La proportion est impressionnante. Il faut bien convenir qu'en général l'auteur de la version primitive des Institutes, comme celui des *Libri ad edictum provinciale* et des *Res cottidianae*, ne doit guère connaître Sabinus que par Cassius.

En est-il ainsi spécialement pour le passage que nous étudions (III, 183) ? L'affirmative présente dès maintenant quelque vraisemblance. Peut-être relèverons-nous plus tard d'autres indices dans le même sens.

Résumons les probabilités auxquelles nous a conduit l'examen des noms des jurisconsultes qui ont discuté sur les *genera furtorum*.

1° La phrase *Furtorum autem genera... conceptum et oblatum* vient tout entière de Sabinus (y compris la mention de Servius). Elle fait partie de ce que nous avons appelé l'archétype des Institutes. Elle a peut-être été — et l'archétype entier est alors dans ce cas — transmise par l'intermédiaire de Cassius ;

2° La phrase *Labeo duo... quam genera furtorum* vient de Labéon. Elle a été recueillie par le rédacteur de la première version des Institutes, et insérée par lui dans l'archétype ;

3° La phrase *Quod sane verius... apparebit* provient du rédacteur de la première version des Institutes.

3

Examinons maintenant au fond la controverse rapportée par Gaius. Elle met en présence deux classifications des *furta*.

1° L'une est celle de Servius, adoptée par Sabinus. Elle est toute empirique. Servius dénombre et juxtapose tous les cas de *furtum* admis par le droit civil [2].

[1] Déduction faite de la citation des *Inst.*, II, 154 (*supra*, p. 743, n. 3), il ne reste que six références dans lesquelles le nom de SABINUS figure seul : *Inst.*, II, 178 ; 218 ; III, 156 ; 183 ; *Ad. ed. prov.*, *l. VI Dig.*, 2, 9, fr. 1 ; *l. XXVII Dig.*, 4, 3, fr. 39).

[2] *Supra*, pp. 490 et sqq.

2° L'autre, celle de Labéon, plus logique, vise à n'admettre que des termes également dépouillés de leur acception concrète, et, pour cela, à distinguer les *genera* des *species furtorum*. Elle ne se contente pas, d'ailleurs, de dénier au *furtum conceptum* et au *furtum oblatum* la qualification de *genera furtorum*, elle leur dénie même la qualification de *species furtorum*. Il n'y a là, dit Labéon, que des *species actionis*[1] qui concourent à la répression du vol[2]. D'où cette conséquence rigoureuse : il faut, à ce propos, éviter de parler de *furtum conceptum* ou *oblatum*, d'actions *furti concepti* ou *furti oblati*. Ces façons de parler, bonnes pour Servius ou Sabinus, ne s'accordent pas avec la conception de Labéon[3]. Celui-ci, pour rester fidèle à son principe, ne doit employer dorénavant d'autres expressions que celles d'*actio concepti* ou *oblati* (mot à mot : action de chose saisie, action de chose apportée), dans lesquelles le substantif *furti* n'est ni exprimé ni sous-entendu[4]. Cette forme est d'ailleurs correcte au point de vue grammatical : nous possédons maints autres exemples, anciens ou récents, de noms de voies de droit où la désignation générique de la procédure (*actio*, *iudicium*, *condictio*, *manus iniectio*, etc.) se précise par un complément déterminatif formé d'un adjectif ou d'un participe passif neutre au génitif singulier. Exemples : *manus iniectio* (et *actio*) *depensi* ; *manus iniectio* (et *actio*) *iudicati* ; *condictio certi*, *incerti*, *indebiti*, etc. ; *actio empti*, *venditi*, *locati*, *conducti*, etc.

Dans plusieurs endroits des Institutes de Gaius, des Sentences de Paul, des Institutes de Justinien, on relève, en effet, une terminologie qui cadre avec le système de Labéon[5]. Un passage de Paul

[1] Il faut sans doute attacher quelque importance au singulier (*species actionis*) employé au lieu du pluriel (*species actionum*) auquel on aurait pu songer (cf. Gaius, IV, 1) : il s'agit de *species* d'une action unique.

[2] La *Paraphrase* de Théophile précise (4, 1, 5, éd. Ferrini, p. 383) : Τὸ γὰρ κλοπὴ [illegible] ἀφαίρεσις [illegible] ἀφαίρεσις [illegible].

[3] Labéon n'a pu raisonner ainsi, remarquons-le, que si les Douze Tables n'employaient pas les expressions *furtum conceptum*, *furtum oblatum*. C'est confirmer donc notre essai de restitution des préceptes des Douze Tables en la forme *si concapit*, ou *si obtulit* (*supra*, p. 44).

[4] M. Kaser [illegible] *furti* [illegible] *furtum* (*Das Furtbestandteilproblem*, p. 42).

[5] Gaius, III, [illegible] *furti fuit*, IV, 1, 4, [illegible] *furti*, Paul., II, 31, 2, Quint. (Gaius, IV, [illegible]) et Paul., II, 31, 6, ils ne peuvent évidemment être invoqués ni dans [illegible] ni dans le sens supposé.

oppose l'action *concepti* et l'action *oblati* à l'action *furti* sans épithète :

3. Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum et inventum est ; oblati actione is tenetur, qui rem furtivam alii obtulit, ne apud se inveniretur. 4. Furti actione is agere potest, cuius interest rem non perdidisse[1].

Si les actions *concepti* et *oblati* étaient conçues comme des actions *furti concepti* et *furti oblati*, ce texte deviendrait incompréhensible. Les Institutes de Justinien disent de même :

Hae actiones, id est concepti et oblati et furti prohibiti nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt[2].

Rien de plus significatif que le contraste marqué par ce texte entre la dénomination des actions *concepti* et *oblati* et celle des actions *furti prohibiti* et *furti non exhibiti*.

Si nous ne nous exagérons pas la portée de cette observation, elle nous fournit un critérium pratique pour distinguer, dans les Institutes de Gaius ou les Sentences de Paul, certains passages inspirés par Labéon de certains passages inspirés par Servius ou Sabinus.

4

Gaius aborde, aux §§ 184-187, la définition des quatre catégories de *furta* admises par les *veteres*. Car, chose notable, bien que les deux versions des Institutes[3] adoptent la classification de Labéon,

[1] Paul., II, 31, 3 et 4.

[2] *Inst. Iust.*, IV, 1, 4, *in fine*.

[3] On pourrait relever une autre trace, plus problématique, de l'influence de Labéon. Sabinus, et Gaius après lui, classaient les *furta;* mais Paul et l'*Epitome Gai* semblent au contraire classer les actions *furti*.

Gaius, III, 183.	Paul, II, 31, 2.
Furtorum genera Ser. Sulpicius et Mas. Sabinus IIII esse dixerunt : manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum (De même Gaius, *l. XIII ad edict. Dig.*, 47, 2, fr. 1, 2).	Furtorum genera sunt quatuor : manifesti, nec manifesti, concepti et oblati. (De même *Epitome Gai*, II, 10,2).

Le génitif *manifesti, nec manifesti*, etc., employé par Paul et l'*Epitome* se justifie mal. Mais on peut supposer (voy. Van der Hoeven, p. 16) que Paul et, après lui, l'*Epitome* songent principalement aux actions *furti manifesti, nec manifesti*, etc.

c'est la classification de Servius et de Sabinus qui leur fournit le plan de leur exposé. L'indication de la classification de Labéon et l'approbation qui s'y joint ne sont que des additions incorporées après coup dans l'archétype des Institutes, qui suivait le plan de Sabinus.

Le § 184 traite du *furtum manifestum*, et rapporte un certain nombre de formules anonymes destinées à le définir :

Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit ; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit ; quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit ; quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur ; magis tamen plerique posteriorem probant.

Il faudrait connaître l'origine des éléments mis en œuvre ici par les diverses versions des Institutes. Nous n'avons comme point de repère que le *Sabinianum :* Manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est cum perlatum est quo ferri coeperat[1].

Les Institutes suivent la méthode de Sabinus. A la définition fondamentale (*Manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit*), qui est ancienne, elles joignent des définitions complémentaires destinées à en préciser l'étendue. Il faut en effet fixer le moment où l'acte délictueux doit être tenu pour achevé et où, par conséquent, la flagrance est exclue. Gaius relève sur cette question trois systèmes différents. Attribuons à chacun d'eux des numéros d'ordre, pour rendre notre analyse plus claire.

[1] *Supra*, pp. 661 et sqq.

I. Alii vero ulterius, quod eo loco...

II. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum...

III. Alii adhuc ulterius, quandoque...

Un parti (I) estimait que la flagrance restait possible tant que le corps du délit pouvait être appréhendé dans le lieu même de son accomplissement *(quod eo loco deprehenditur ubi fit)*. Suivent des exemples. Ainsi un maraudeur cueille des olives dans une olivette, du raisin dans une vigne[1] : la flagrance reste possible tant qu'on peut saisir son larcin dans l'olivette ou dans la vigne. — Cette définition complémentaire semble relativement ancienne. Car elle figure la première dans une énumération où Gaius paraît suivre un ordre chronologique Seule, d'ailleurs, elle mentionne encore la saisie de l'objet volé *(quod... deprehenditur)*. Enfin elle s'applique précisément au *furtum manifestum* ancien dans lequel le corps du délit est saisi par le volé au domicile du voleur, c'est-à-dire au *furtum conceptum :* le recéleur s'expose à la flagrance tout le temps que l'objet volé reste caché dans sa maison. Le second exemple donné par Gaius est en effet le suivant : « ... *aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit* ». Sans doute, dans la pensée de Gaius, ces mots n'ont plus l'acception que nous leur attribuons; ils s'appliquent au seul cas d'une soustraction opérée dans la maison d'autrui, et non au cas d'un recel réalisé dans sa propre maison. Mais, chez les auteurs à qui il les a empruntés, ils doivent s'interpréter plus largement. C'est pourquoi d'ailleurs le passage paraît quelque peu équivoque, assez du moins pour que Justinien se soit cru tenu de le modifier en l'insérant dans ses Institutes[2], et y ait fait ressortir l'idée de soustraction opérée dans la maison d'autrui en même temps que l'idée de *deprehensio* du voleur, en écrivant : « veluti qui in domo furtum facit, et nondum egressus ianuam deprehensus fuerit ».

Reste à savoir où la version des Institutes a pris sa référence à ce

[1] M. Stephan Brassloff *(Zur Frage der Heimat des Juristen Gaius. Wiener Studien*, XXV, 1913, pp. 170-183) cite ce passage (p. 174) pour établir que Gaius écrivait dans un pays où les cultures arbustives (vigne, olivier) l'emportaient sur la culture des céréales, et qu'il était, par conséquent, originaire d'Italie et non des provinces orientales de l'Empire. — Cet argument n'aurait de poids que si ce passage avait Gaius lui-même pour auteur. Mais s'il provient de l'archétype suivi par Gaius ?

[2] *Inst. Iust.*, IV, 1, 3.

système. On pense assez naturellement à Sabinus. On a même parfois admis que c'est de Sabinus que provient toute l'énumération des doctrines sur la flagrance avec leur critique[1]. En y regardant de près, cela paraît fort douteux. Le texte du *De furtis* cité par Aulu-Gelle n'en fait pas mention. Il énonce un système unique, sans mentionner ni discuter aucune variante. On peut supposer, il est vrai, que le rédacteur des Institutes avait puisé, non dans le *De furtis*, mais dans les *Libri iuris civilis*. Mais là encore on se heurte à de graves objections, fondées sur les pièces de comparaison que fournissent les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien. Ce jurisconsulte parle précisément *(l. XLI ad Sabinum)* de notre système I : il se demande si la *deprehensio* constitutive de la flagrance doit intervenir nécessairement *in faciendo furto* (c'est-à-dire au moment et dans le lieu où la soustraction s'accomplit), ou si elle peut intervenir dans un lieu quelconque. Avec Julien, il répond négativement. Mais remarquons que, s'il examine cette question, ce n'est point en suivant Sabinus qui l'aurait étudiée avant lui, c'est seulement en commentant et en expliquant la partie générale de la définition du *furtum manifestum*. Il annexe ses développements à l'explication de la *deprehensio in faciendo furto*. Voici le passage :

Sed utrum ita demum fur sit manifestus si in faciendo furto deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensus? Et magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, adtamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat[2].

Un second parti III fixait autrement les limites de la flagrance. Pour lui, la flagrance restait possible tant que le voleur n'avait pas transporté le corps du délit à destination. Nous savons que c'est Sabinus qui a proposé ce système le premier, mais que l'expression n'en a pas passé directement et immédiatement de Sabinus à la deuxième version des Institutes[3]. Elle a été transmise par un auteur intermédiaire, qui est presque sûrement Cassius : car c'est Cassius qui a substitué la *deprehensio* du *fur* à la *deprehensio* de la *res furtiva* comme élément constitutif de la flagrance[4]. Ce système, qui

[1] Barasa, II, c. p. 885.
[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 3, § 2. Lenel, *Paling.*, II, [illegible] 1107 [illegible] 2875. *Supra*, p. [illegible], n. 1.
[3] *Supra*, pp. 661 et sqq.
[4] *Supra*, pp. 663-664.

fait prédominer dans le *furtum* l'idée de soustraction, est certainement postérieur au système I.

Un troisième parti (III) estimait qu'il suffisait, pour qu'il y eût flagrance, que le voleur eût été vu tenant l'objet volé. Dans cette opinion, le vol est encore envisagé comme soustraction. Le trait caractéristique du système, qui se réclame peut-être de la pratique grecque[1], c'est qu'il ne requiert aucune espèce de *deprehensio*, ni du voleur, ni de la *res furtiva*[2]. Notre passage ne mentionne pas la *deprehensio;* le grammairien Servius pas davantage, lorsque, commentant un passage de Virgile :

Quid domini facient, audent cum talia fures?
Non ego te vidi Damonis, pessime, caprum
excipere insidiis[3]?

il ajoute cette note :

Non ego te vidi Manifesti eum furti arguit dicendo : vidi[4].

Un pareil système heurtait de front les idées anciennes qui exigeaient une *deprehensio* matérielle; il soulevait également de grosses difficultés au point de vue de la preuve. Aussi fut-il combattu vivement, notamment par Pomponius (au dire d'Ulpien, *l. XLI ad Sabinum)* :

Ibidem *(sc. l. XIX ex Sabino).* Pomponius eleganter scripsit deprehensione fieri manifestum furem : ceterum si, cum tibi furtum facerem de domo tua, abscondisti te, ne te occidam, etiamsi vidisti furtum fieri, attamen non est manifestum[5].

Celse, moins radical, exigeait du moins une tentative de *deprehensio:*

Sed Celsus deprehensioni hoc etiam adicit, si, cum vidisses eum subripientem et ad comprehendendum eum accurrisses, abiecto furto effugit, furem manifestum esse[6].

Aussi Gaius déclarait-il que ce troisième système était abandonné :

[1] Cf. Suidas, *Lex.*, V° Ἐπ' αὐτοφώρῳ (éd. Gaisford-Bernhardy, I, 2, p. 359) : Ἐπ' αὐτόπτῳ, ἐπ' ὀφθαλμοῖς, ἐπ' αὐτῷ τῷ πλήμματι ἁλούς; et Hesych., *Lex.*, V° Ἐπ' αὐτοφώρῳ (éd. Schmidt, II, p. 138).

[2] L'interprétation de Mr H. Krueger, *Geschichte der capitis deminutio*, I, 1887, p. 370, 9, nous semble peu conforme au témoignage de Gaius.

[3] Verg., *Ecl.*, III, 16 et sqq.

[4] Maurus Servius Honoratus, *In Vergilii carmina commentarii*, éd. Thilo et Hagen, Lipsiae, 1881-1887, III, 1, p. 32.

[5] *Dig.*, 47, 2, fr. 7, 1. Lenel, *Paling.*, II, c. 127, n° 666; c. 1170, n° 2875.

[6] *Dig.*, 47, 2, fr. 7, 2. Lenel, *Paling.*, I, c. 143, n° 100; II, c. 1170, n° 2875.

non optinuit[1]. Cependant Justinien, préoccupé d'étendre la notion de la flagrance, l'a admis concurremment avec les deux autres, et au même titre qu'eux[2]. Il ne paraît pas que Sabinus ait fait mention, dans ses *Libri iuris civilis*, de ce troisième système. En effet le fragment d'Ulpien par lequel nous connaissons les critiques que Pomponius et Celse lui adressaient ne se réfère pas à un *Sabinianum;* il n'est écrit que pour commenter les mots *deprehenditur* et *deprehensio*[3].

A l'énoncé des trois systèmes complémentaires sur la flagrance, les Institutes annexent quelques observations critiques. Ces observations présentent des obscurités résultant de ce qu'on est porté à mal identifier les systèmes auxquels elles s'adressent.

Le dernier système (III) étant abandonné, les Institutes n'y insistent pas.

Elles critiquent plus longtemps l'avant-dernier (II). Si la flagrance reste possible tant que le voleur n'a pas porté l'objet à destination, disent-elles, cela peut entraîner à l'étendre indéfiniment. Car les voleurs se proposent fréquemment de mettre en sûreté leur butin par delà les mers, dans des provinces lointaines. Reculera-t-on indéfiniment les délais de la flagrance ? ou bien décidera-t-on qu'ils ne sauraient dépasser un nombre déterminé de jours ? Une seule journée par exemple ? L'extension indéfinie serait dangereuse et la limitation du délai arbitraire[4]. Les Institutes repoussent donc, dans ce passage du moins (*ideo non videtur probari*), la formule *donec perferret eo quo perferre fur destinasset*.

Après cette critique, les Institutes passent aux deux premières

[1] Voy. Heumann-Seckel, *Handlexikon*, v° *Oblatum*, 4°, p. 384.

[2] *Inst. Just.*, IV, 1, 3 : Ipsum alterius furtum manifestum extendendam est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio; antequam eo perveniret, quo perferre ac destinare rem destinasset. Notons toutefois une différence entre ce témoignage et celui des *Institutes* de Gaius : pour Gaius, la flagrance cesse possible sans limite de temps ; pour Justinien, elle n'est possible que jusqu'à ce que le *fur* ait apporté la chose voulue à destination. Adde Theophilus, *Paraphr.*, § 1, 5 (ed. Fabrot), pp. 484-485.

[3] Voy. notamment, dans le fr. 7 (*Dig.*, 47, 2), les passages qui encadrent la citation de Pomponius : *Pr.* : Si quis in servitute furtum fecerit, et manumissus deprehendatur... § 1 : Ibidem Pomponius... scripsit deprehensione fieri manifestam furtum... § 2 : Sed Celsus deprehensionem... addit... § 3 : Pastique refert putat dominus an victor an quilibet transeuns deprehendat.

[4] *Supra*, p. 65.

opinions (= *duae superiores opiniones*). Quelles opinions? — En procédant par élimination, il ne reste plus, semble-t-il, que la définition principale (= *manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur*), et la première définition complémentaire (I). Toutes deux sont plausibles, dit Gaius, mais la seconde (I) a plus de partisans : « *Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur ; magis tamen plerique posteriorem probant.* »

Qu'est-ce à dire? La définition principale et la définition complémentaire ne sont pas incompatibles, bien au contraire. D'ailleurs nos autres sources d'information contredisent l'allégation de Gaius. La vieille formule définissant le *furtum manifestum* par la *deprehensio dum fit* a pu changer de sens à l'époque classique lorsque la *deprehensio* du *fur* a remplacé celle du *furtum ;* mais elle est demeurée la formule fondamentale. On est donc amené à se demander si les *duae superiores opiniones* que compare Gaius ne sont pas les définitions complémentaires I et II, la définition principale restant hors de cause. Cela parait peu douteux. Car les définitions I et II n'étant que des développements et des interprétations de la définition générale peuvent effectivement se mettre en parallèle[1], et il est vrai de dire, à en juger par les textes insérés au Digeste, que c'est la définition II (= *donec perferret eo quo perferre fur destinasset*) qui a tendu à l'emporter, et qui l'a emporté chez les classiques[2].

Mais alors Gaius se contredit lui-même. Que devient la critique de cette définition II (*Sed et illorum sententia... destinant fures perferre*)? Nous croyons qu'elle a été ajoutée après coup à la version primitive suivie jusqu'ici par Gaius. Cette critique a toute l'appa-

[1] Cela ressort mieux encore de la définition de Paul., *Sent.*, II, 31, 2 : Manifestus fur est, qui in faciendo deprehensus est, et qui intra terminos eius loci, unde quid sustulerat, deprehensus est, vel antequam ad eum locum quo destinaverat pervenerit. On retrouve ici, transformées à vrai dire par les idées récentes du vol-soustraction et de la *deprehensio* du voleur, la définition principale et les définitions complémentaires I et II de Gaius. On constate que Paul place ces définitions complémentaires sur le même pied, donnant en quelque sorte à choisir entre elles (cf. Gaius : *alterutra adprobatur*).

[2] Aussi Huschke s'étonnait-il à bon droit (*Gaius, Beiträge zur Kritik und Verständniss seiner Institutionen*, Leipzig, 1855, p. 103) de ce que Gaius déclare abandonnée la formule *donec perferret eo quo destinasset perferre*. Huschke voulait lire : *sed et illorum sententia... a plerisque improbata est*. Mais aujourd'hui la lecture de Studemund a définitivement établi le texte.

rence d'une glose. Son insertion rompt l'équilibre et la cohésion de toute la fin du § 184. L'*opinio* III est jugée aussitôt énoncée : *quae sententia non optinuit*. Au contraire l'*opinio* II n'est critiquée qu'en deuxième ligne, et, pour l'identifier, on répète son énoncé complet (= *sed et illorum sententia, qui existimaverunt*..., etc., etc.). Enfin les *duae superiores opiniones*, qu'on ne désigne pas autrement, ne sont critiquées qu'en troisième ligne. Joignons à cela le style médiocre du passage, où se révèlent des influences de la basse époque : *magnam recipit dubitationem*[1] (avec *sententia* comme sujet sous-entendu ? ; *id* (?) *terminandum sit*[2] ; *quod eo pertinet quia*[3]... Nous sommes autorisés à retrancher ce passage de la version primitive des Institutes, et à n'attribuer cette glose maladroitement raccordée avec le contexte qu'à ce que nous avons appelé la deuxième version de ce manuel. Elle représente, avec quelques remaniements et arrangements de forme, reconnaissables par leur style[4], l'apport propre de Gaius dans cette version. On remarquera combien le § 184 se tient mieux dès qu'on élimine cette insertion malheureuse. Après l'exposé de la troisième *opinio* complémentaire, il poursuit : « ... quae sententia non optinuit. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur ». Tout est simple et clair désormais.

[1] *Magna dubitatio* est interpolé dans Gaius, *l. XVIII ad edict. prov.* *Dig.* 35, 2, fr. 73, 1 (l'interpolation, établie par M. Pampaloni, est admise par Me P. Krueger : *Recipere dubitationem* se rencontre chez Ulpien, *l. XVI ad edictum*, *Dig.*, 45, 1, fr. 75, 4), dans un fragment dont la fin au moins est interpolée (Ingrassia, suivi par P. Krueger). Aurions-nous, dans le passage des *Institutes* que nous analysons, une addition de basse époque, dont Gaius lui-même ne serait pas responsable ? Cette idée n'aurait rien d'incompatible avec la théorie générale que nous défendons.

[2] *Terminare* ne se rencontre que cette seule fois dans les *Institutes* de Gaius. Voy. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, p. 118.

[3] Nous ne connaissons d'exemples d'*eo pertinet quia* que dans la basse latinité (p. ex. *Evang. Marc.*, 4, 38 *cod. Palat.* : Non pertinet ad te, quia perimus ! Mais nous n'en connaissons pas dans la bonne époque. Aussi Poterau (*Gai Institutiones iuris civilis Romani*, Lugduni Batavorum, 1876) veut-il lire *quod eo pertinet quod*... C'est la seule tournure qu'on trouve, par exemple chez Cicéron, *Ep. ad Att.*, 8, 9, 1 ; *Brutus*, 87, 299.

[4] Par exemple l'énoncé de la définition sabinienne a été retouché en la forme par Gaius ; cela apparaît par l'emploi de la locution *eo usque dicunt*, qui est particulière à Gaius (Kalb, *Roms Juristen*, pp. 75-76), et qu'on retrouve par exemple dans les *Libri ad edict. praetoris*, *l. XI*, *Dig.*, 35, 2, fr. 17, pr.) et dans les *Res cotidianae*, *l. II*, *Dig.*, 5, 1, fr. 3, 2, 41, 1 ; fr. 5, 1 ; fr. 5, 4, fr. 5, 5).

Résumons les résultats de notre analyse du § 184 de Gaius. Nous avons là un ensemble (une définition principale du *furtum manifestum*, complétée par trois définitions accessoires) assez cohérent, bien que comprenant des éléments d'âges divers. L'une des définitions accessoires provient de Sabinus, mais a été rajeunie. Une autre est postérieure à Sabinus. La phrase *Sed et illorum sententia... destinant fures perferre* est le fruit d'une insertion postérieure. Les trois couches superposées de matériaux que nous croyons reconnaître dans les Institutes se distribueraient donc de la façon suivante :

1° Archétype — Le *Sabinianum* original que nous connaissons (Manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est cum perlatum est quo ferri coeperat) devait affecter, dans l'archétype des Institutes, une forme un peu différente. On peut penser à quelque chose comme : Manifestum furtum est quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est cum perlatum est quo destinaverit quis auferre[1]. Ce noyau primitif, autour duquel se seraient cristallisés les autres éléments du paragraphe, ne peut remonter plus haut que Cassius.

2° Première version des Institutes : Manifestum quidam... quae sententia non optinuit. Ex duabus itaque... posteriorem probant. Cette première version doit être tout au plus contemporaine de Celse ou de Pomponius : avant ces auteurs, on n'aurait pas pu écrire *Quae sententia non optinuit*. Elle doit être tout au plus contemporaine de Julien, puisque c'est ce jurisconsulte qui a contribué à faire triompher la seconde des *duae superiores opiniones* mentionnées par Gaius : avant Julien, on n'aurait pas pu dire *Magis tamen plerique posteriorem probant*.

3° Deuxième version des Institutes. Elle aurait incorporé les éléments précédents, en en remaniant plus ou moins la forme, et en y ajoutant la phrase *Sed et illorum sententia... destinant fures perferre*. Elle est l'œuvre propre de Gaius.

5

Le § 185 définit le *furtum nec manifestum*, en l'opposant au *furtum manifestum* :

[1] *Supra*, p. 663.

Nec manifestum furtum quid sit ex iis quae diximus intellegitur. Nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.

La même définition figurait dans le commentaire de Gaius sur l'Edit provincial[1] ; elle a été reproduite par Justinien dans ses Institutes[2]. Le témoignage d'Aulu-Gelle permet de la rattacher à la tradition Sabinienne : Sabinus entendait aussi par *furtum nec manifestum* tout vol qui ne rentre pas dans le *furtum manifestum*[3].

Mais nous ignorons si les deux parties du paragraphe 185 des Institutes ont la même origine. La phrase *Nam quod manifestum non est, id nec manifestum est* pourrait avoir appartenu à l'archétype ou (plutôt) y avoir été ajoutée par l'auteur de la première version (comme les phrases débutant également par *Nam* dans les §§ 186 et 187). Tout ce qu'on peut faire remarquer, c'est que Paul a dû utiliser une autre tradition dans le passage de ses *Sentences* où il définit le *fur nec manifestus :*

Nec manifestus fur est qui in faciendo quidem deprehensus non est, sed eum furtum fecisse negari non potest[4].

A son tour, l'*Epitome Gai* paraît s'être inspiré, ici comme ailleurs[5], des Sentences de Paul, pour donner une définition plus explicite que celle de Gaius :

Nec manifestum furtum appellatur, quod quamlibet dum fieret, inventum non est, tamen furtum factum esse probatur[6].

6

Les §§ 186 et 187[7] traitent des deux dernières catégories de *furta* admises par Servius et Sabinus. Ils sont composés tous deux de la

[1] Gaius, *l. XIII ad edict. prov. Dig.*, 47, 2, fr. 8.

[2] *Inst. Just.*, IV, 1, 3, *in fine*.

[3] Gell., N. A., XI, 18, 15 : Alias deinde furtis immixtos, quae sine manifesta appellantur...

[4] Paul., *Sent.*, II, 31, 2.

[5] Krueger, *Quellen*², p. 355, n. 58 (*Epit. Gai*, II, 6). Il ne faut cependant addendum : Hitzig, *Beiträge zum westgothischen Gaius*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XIV (1893), R. A., p. 211, remarque que l'*Epitome Gai* emploie (II, 10, 4) *contingere* (au lieu de *contrectare*), comme Paul, *Interpr.*, II, 32, 1 (*Lex romana Wisigothorum*, éd. Haenel, p. 374) : Fur est qui rem alienam fraude intervertendo contrectat). Cf. aussi Liv., 2, 5, 2 (contacta regia praeda), 4, 15, 8 ; Aug., *Mel.*, VI, 15, etc.

[6] *Epit. Gai*, II, 10, 2.

[7] Le passage correspondant des *Institutes* de Justinien (IV, 1, 4) est identique. Développements dans Theophr., *Paraphr.*, 4, 1, 4 (éd. Fabrot), pp. 384-385.

même façon. Une partie initiale définit le *furtum conceptum* ou le *furtum oblatum*, conformément à la doctrine de Servius et de Sabinus. Une partie finale, introduite sous forme d'explication par la conjonction *nam*, substitue aux mots *furtum conceptum* ou *oblatum* les mots *actio concepti* ou *oblati*, en insistant, conformément à la doctrine de Labéon, sur ce que, dans les deux cas, le délinquant n'est pas un voleur. D'où la conclusion suivante, quant aux sources :

1° Archétype :

§ 186.	§ 187.
Conceptum furtum dicitur cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit.	Oblatum furtum dicitur cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit, eaque apud te concepta sit ; utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur.

2° Addition (de la première version des Institutes) :

Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.	Nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati.

7

Le § 188 est ainsi conçu :

Est etiam prohibiti furti <actio> adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit.

Les Sentences de Paul[1] ne parlent pas de cette action *furti prohibiti*. Les Institutes de Justinien[2] reproduisent le texte de Gaius, mais avec une légère addition :

Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit.

[1] De même l'*Epitome Gai*.

[2] *Inst. Iust.*, 4, 1, 4. On sait que les *Institutes* de Justinien parlent ici de l'action *furti non exhibiti*, dont Gaius ne dit rien (*supra*, pp. 490-491).

Cette addition s'explique probablement par le souci de marquer l'extension à la perquisition sans formes *testibus praesentibus*, sanctionnée par l'action *concepti*, de l'ancienne action *furti prohibiti*, originairement applicable à la seule perquisition *lance licioque*[1].

L'action *furti prohibiti* n'avait pas de place dans la classification des *furta* civils de Servius et de Sabinus ; l'archétype n'avait pu se préoccuper de la définir ici. Cette mention a donc été ajoutée par l'auteur de l'une des deux versions des Institutes[2]. Nous ne savons pas par lequel.

Il faut remarquer que le § 188 emploie l'expression *actio furti prohibiti*, tandis que le § 192 emploie l'expression *actio prohibiti*. On peut se demander si cette différence est fortuite, ou bien s'il faut distinguer deux systèmes de terminologie, dont le second procéderait de la doctrine labéonienne. Les trop rares témoignages dont on dispose[3] ne permettent guère d'asseoir une opinion. Toutefois on peut supposer que la différence des terminologies n'est pas voulue : en effet le § 188 ne contient aucune observation analogue à celles que nous avons trouvées aux §§ 186 et 187 ; il ne spécifie point que celui *qui furtum quaerere volentem prohibuerit* ne peut pas être appelé *fur*. D'ailleurs, à la différence des expressions *furtum conceptum* et *furtum oblatum*, l'expression *furtum prohibitum* paraît s'être employée jusqu'au temps de Justinien[4].

8

Nous avons déjà comparé plus haut[5] le § 189 de Gaius, qui traite de la répression du *furtum manifestum*, aux passages du *De furtis*

[1] *Supra*, pp. 660-661.

[2] Remarquons aussi, dans le même sens l'emploi de l'adverbe *etiam* (= Est etiam prohibiti furti actio...)

[3] Cf. *Lex Romana Burgundionum*, XII, 1 : Si quis ingenuus querentem animalia aut res suas, domum ad inquirendum intrantem, prohibuerit, pro fure teneatur ita ut rem quae requiritur, quadruplum solvat, ea tamen ratione, ut cum tribus ingenuis testibus, ubi suspicionem inveniendi furti habet, ingrediatur. 2. Quod si aut colonus aut servus taliter querentem prohibuerit, fustuario supplicio a iudicibus eius praesumptio vindicetur, et ab his res perdite simplo solvantur, secundum speciem Gai, qui hoc de prohibitis statuit.

[4] *Inst. Iust.*, IV, 1, 4 : Sed hae actiones, id est concepti et oblati, et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti...

[5] *Supra*, p. 57. Voy. aussi pp. 367-368.

dans lesquels Sabinus examinait la même question. La preuve est faite, croyons-nous, que le paragraphe des Institutes est emprunté dans son ensemble, sauf quelques modifications de forme et quelques suppressions, à Sabinus. Une seule phrase fait exception, la phrase *Utrum autem... veteres quaerebant*, dont on ne trouve pas l'équivalent chez Sabinus, et qui rompt assez maladroitement l'enchaînement de l'exposé : d'une part en effet les mots *in servum aeque verberatum* se trouvent bien éloignés des mots *liber verberatus addicebatur* auxquels ils se réfèrent ; et, d'autre part, l'exposé d'une controverse mettant en cause la *capitis deminutio* de l'*addictus* ne cadre pas avec un développement qui affirme l'existence de cette *capitis deminutio (= poena manifesti furti... capitalis erat)*. Nous ignorons si l'insertion provient de l'auteur de la première version ou de l'auteur de la seconde.

Les §§ 190-191 reposent aussi sur la tradition sabinienne mais modifiée. Le § 190 traite de la répression du *furtum nec manifestum :*

Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.

Etiam est énigmatique : dans le paragraphe précédent, il n'était pas question d'une sanction maintenue par le préteur, mais bien d'une sanction transformée par le préteur. Comme il paraît, d'ailleurs, que Sabinus parlait de la *poena furti manifesti* après avoir parlé de la *poena furti concepti et oblati*[1], on peut se demander si l'auteur de la première version des Institutes n'a pas modifié ici l'ordre de l'archétype.

Quant au § 191, il a été, lui aussi, retouché par l'auteur de la première version, qui a substitué les expressions *concepti et oblati poena* aux expressions *furti concepti, item oblati... poena* qu'employait Sabinus[2] :

Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.

Peut-être le même auteur est-il aussi responsable de la méprise relative à la *poena* du *furtum conceptum* et du *furtum oblatum* dans les XII Tables, méprise que nous avons relevée[3]. Le *Sabinianum*

[1] Gell., *N. A.*, XI, 18 : cf. n°s 12 et 15.
[2] Gell., *N. A.*, XI, 18, 12.
[3] *Supra*, p. 53.

originaire n'est guère moins défiguré dans les Sentences de Paul :

Furti concepti actio adversus eum, qui obtulit, tripli est poena et ipsius rei repetitio [1].

Mais, du moins, Paul n'attribue-t-il pas aux Douze Tables l'action *furti concepti* au triple.

Le § 192, que nous avons déja analysé, doit aussi provenir de l'archétype plus ou moins retouché. La mention de l'action prétorienne *furti prohibiti* est à sa place dans un développement consacré aux actions prétoriennes de vol :

Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris [2] introducta. Lex autem eo nomine nullam poenam constituit ; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens ; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

On peut comparer la fin de ce paragraphe au passage correspondant du *De furtis*, résumé par Aulu-Gelle :

Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt [3].

9

Dans le § 193, il y a deux parties à distinguer. L'une interprète le mot *licium* et peut provenir de l'archétype :

Quid sit autem licium, quaesitum est ; sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur.

Peut-être l'archétype énonçait-il les diverses explications qu'on donnait du mot *licium*, et ne prenait-il parti (« *sed verius est*) qu'ensuite. Le texte primitif aurait été abrégé en passant dans les Institutes.

L'autre partie est une critique fort vive des dispositions des Douze Tables sur la perquisition *lance licioque :*

Quae [res] lex tota ridicula est ; nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita

[1] Paul., II, 31, 14. Voy. les essais de restitution de ce texte, *supra*, p. 45, 6.

[2] Faut-il attacher quelque importance à la forme *edicto... ex edicto, introducta*? Gaïus emploie partout ailleurs l'ablatif sans préposition (*legibus... ; moribus... ; edicto introductus*). Voy. *Inst.*, I, 18, 100 ; III, 196, 208 ; IV, 27 ; 68 ; III, 82 : Sunt... alterius generis successiones, quae neque legibus XII tabularum neque praetoris edicto, sed ex iure quod consensu receptum est, introductae sunt.

[3] Gell., XI, 18, 9.

re et inventa maiori poenae subiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, sive ideo, ut quod invenerit, ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi possit. Certe non dubitatur cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.

Ce passage contraste avec ce qui précède. A l'exposé objectif du droit ancien succède une appréciation dédaigneuse *(: quae lex... ridicula est)* et ironique (: *certe non dubitatur...*) Ce changement de ton doit révéler un changement d'auteur[1]. Il ressemble tout à fait au changement de ton que nous avons observé dans les §§ 186 et 187. Enfin le développement *Quæ lex... satis legi fieri* est plutôt dans la manière de Labéon que dans celle de Sabinus. Car, nous le savons, tandis que Labéon n'hésitait pas à critiquer sévèrement l'ancien droit du *furtum*[2], Sabinus l'exposait plutôt avec sympathie[3]. Nous croyons que ce développement a été inséré dans l'archétype par l'auteur de la première version des Institutes, en même temps que les *Labeoniana* des paragraphes 183, 186 et 187.

Cette impression se confirme en lisant le paragraphe suivant (§ 194), particulièrement significatif :

Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura : lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud de quo superius exposuimus. Sed verius est natura tantum manifestum furtum intelligi ; neque[4] enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non

[1] Ce changement de ton est assez frappant pour avoir amené Mr Beseler *(Beiträge*, III, p. 152) à considérer tout le passage comme provenant d'une interpolation du texte original de Gaius. Pour Mr Beseler, le mot *ridiculus* est un mot de la langue de Justinien (il peut, à ce titre, fournir un critère d'interpolation). Mais c'est aussi un mot favori du jurisconsulte Celse *(Beiträge*, III, pp. 153, 154) : et cette constatation a pour nous beaucoup d'intérêt.

[2] Gell., VI, 15, 1 : Labeo... acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit... *Supra*, p. 329.

[3] Gell., XI, 18, 12 : Sed quod sit oblatum, quod conceptum et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum cui titulus est *De furtis*. Evidemment c'est Aulu-Gelle qui parle. Mais pourrait-il parler ainsi s'il avait trouvé dans le *De furtis* un parti-pris de dénigrement contre les *egregii veterum mores?* Bien au contraire, Sabinus paraît avoir recommandé à ses contemporains l'exemple des vieilles traditions juridiques romaines (Gell., V, 13, 5). Voy. aussi Bremer, II, 1, p. 351.

[4] Sur cet emploi de *neque*, voy. Kalb, *Roms Juristen*, p. 81, n. 1, et Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 54.

sit, manifestus fur sit, non magis quam qui omnino fur non sit. fur sit, et qui adulter aut homicida[1] non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.

Il y a deux parties dans ce paragraphe : 1° L'exposé d'un système qui admet deux sortes de *furtum manifestum* : le *furtum manifestum lege* et le *furtum manifestum natura* ; 2° La critique de ce système, avec l'exposé d'un système inverse n'admettant que le *furtum manifestum natura*.

La controverse dont les éléments se trouvent ainsi réunis n'est pas indifférente pour l'identification des sources des Institutes. Elle fait apparaître deux moments importants du développement doctrinal du *furtum manifestum*.

Le premier système distingue la flagrance qui découle d'un précepte du droit positif (*lex*) de celle qui découle de la nature des choses (*natura*). Le contexte montre à quelles espèces de vols flagrants cette distinction s'applique. Le *furtum manifestum lege* est celui dont il vient d'être question, c'est-à-dire le *furtum conceptum* des Douze Tables (= qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse). Inversement, le *furtum manifestum natura* est le vol flagrant tel que l'entendent les jurisconsultes du début de l'Empire, c'est-à-dire celui qui résulte d'une *deprehensio dum fit* du corps du délit ou du délinquant : ce qui suppose que ce vol ne tombait pas, en tant que vol flagrant, sous le coup d'un texte légal quelconque, et qu'il n'était pas, notamment, prévu par les Douze Tables. Sans doute celles-ci ne connaissaient-elles, comme vol flagrant, que le *furtum conceptum*. Cette observation, — qui, à ma connaissance, n'a jamais été faite, — soulève certaines difficultés, qui seront examinées dans la deuxième partie des présentes *Études*.

Le second système refuse le nom de *furtum manifestum* aux vols qui ne sont flagrants qu'en vertu d'un précepte de droit positif. Pour lui, la flagrance ne dépend que de la nature des choses. Car la loi est impuissante à modifier les phénomènes naturels. La loi ne peut faire que ce qui n'est pas soit, et que ce qui est ne soit pas. La loi ne peut faire qu'un homme qui n'a pas volé soit voleur. Elle

[1] Pour l'emploi d'*homicida*, cf. Kuhr, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 60.

peut seulement lui faire subir les peines du vol, c'est-à-dire le traiter par fiction comme un voleur. Le pouvoir de la loi ne dépasse pas la faculté de créer des fictions.

Ce second système s'accorde exactement avec la doctrine de Labéon sur la classification des *genera furtorum*. Comme elle, il suppose que le vol consiste exclusivement en une soustraction. Le *furtum conceptum* n'est pas un vrai *furtum* parce qu'il n'est pas une soustraction. Il n'est pas davantage, et *a fortiori*, un *furtum manifestum*, parce qu'il ne résulte point d'une *deprehensio* concomitante de la soustraction. Le texte même fait ce rapprochement entre les deux argumentations : Neque... lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit (cf. §§ 186 et 187 : quamvis fur non sit). Dans un cas comme dans l'autre, l'auteur, ayant posé une définition de certains concepts (concept du *furtum;* concept de la flagrance), conforme, lui semble-t-il, à la *natura rerum*, retranche ensuite de ces concepts tout ce qui contredit sa définition. Aussi, comme nous savons que l'argumentation sur le concept du *furtum* appartient à Labéon, nous pouvons sans témérité attribuer aussi à son influence l'argumentation sur le concept de la flagrance.

Nous le pouvons d'autant mieux que nous y sommes autorisés par l'examen des méthodes qui sont ici mises en œuvre. La méthode suivie par les auteurs « qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura » est la méthode anomaliste, que pratique habituellement Mas. Sabinus. La méthode suivie par les auteurs qui croient « natura tantum manifestum furtum intellegi » est la méthode analogiste, que pratique habituellement Labéon. Et cette constatation résoud la contradiction apparente qui existe entre l'attitude que nous assignons ici à Labéon et celle que nous avons attribuée plus haut à Sabinus.

Nous sommes donc amenés à étudier l'influence qu'a exercée la querelle des anomalistes et des analogistes sur le développement des méthodes juridiques. Ceci demande quelques développements.

10

C'était originairement une querelle de grammairiens. Il importe avant tout d'en saisir les causes et le sens.

Le but que se proposait l'*ars grammatica* était un but pratique. On voulait fixer les éléments douteux du langage, et réformer les éléments mal venus. Tout effort de ce genre, quel qu'il fût, partait nécessairement des faits. Tous les grammairiens s'appliquaient à inventorier les formes usuelles du langage et à les classer. Et tous, se fondant sur les philosophies péripatéticienne et stoïcienne[1], étaient amenés à distinguer deux sortes de formes : celles qui sont normales parce qu'elles se basent sur la *ratio*, sur la *natura* (ou la *naturalis ratio)* d'une part, et celles qui sont anormales ou irrationnelles, parce qu'elles ne se basent que sur la *vetustas*, l'*auctoritas*, la *consuetudo*, d'autre part[2]. Mais c'est par le parti qu'ils tiraient de ces constatations qu'ils se séparaient. Ils étaient analogistes ou anomalistes selon qu'ils s'attachaient de préférence aux formes réputées normales ou aux formes réputées anormales. Les analogistes s'efforçaient de rapprocher les mots d'après leurs similitudes, spécialement d'après les similitudes de leurs flexions, et d'en constituer des groupes soumis à des règles uniformes. Mais des obstacles les arrêtaient[3]. Croyaient-ils avoir saisi un schéma de flexion ? ils ne tardaient guère à rencontrer des cas aberrants. Posaient-ils en principe, par exemple, que l'accusatif de la troisième déclinaison se termine en *em* ? ils constataient cependant l'existence d'acusatifs en *im*. De pareilles dérogations ruinaient les règles les plus spécieuses. Aussi les analogistes cherchaient-ils à les éliminer : ils s'efforçaient de proscrire les éléments aberrants du langage. — C'est sur ce point que les anomalistes s'écartaient d'eux. Les anomalistes se demandaient s'il existait vraiment des lois générales, si le langage reposait sur des nécessités naturelles ou sur des contingences, ou, ce qui revient au même, s'il se fondait sur l'analogie.

[1] Voy. Bulle, *Essai historique sur le développement de la notion du droit naturel dans l'antiquité grecque*, Trévoux, 1908.

[2] Varro, fr. ap. Diomed., *Ars. gramm.*, XI (Keil, *Gramm. latini*, I, 1857, p. 371, 23, *De ling. lat.*, 8, 9, 23 et sqq.; 9, 1, 1 et sqq.). Quintil., *Inst. Orat.*, I, 6, 1 (= N. A., II, 25,5 Cf. Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, pp. 191-192 n° 11 et 12). Sur toute cette question, voy. Lersch, *Die Sprachphilosophie der Alten*, Bonn, 1838-1841, I, pp. 94 et sqq.; Steinthal, *Geschichte der Sprachwissenschaft bei den Griechen und Römern*², Berlin, 1890-1891 (I, pp. 357-374; II, pp. 71-191); Schanz, *Die Apollodoreer und die Theodoreer*, *Hermes*, XXV (1890), pp. 58 et sqq.; Leo, *Geschichte der römischen Literatur*, I, pp. 354 et sqq.

[3] Dans les lignes qui suivent, nous nous inspirons de Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*, I³, pp. 328-329.

plutôt que sur l'anomalie. Aussi les anomalistes se gardaient-ils de formuler des règles, œuvre et expression de la raison; ils se bornaient à enregistrer des faits positifs, et, spécialement, à collectionner les dérogations que comportaient les schémas proposés par les analogistes[1]. Les méthodes différentes des anomalistes et des analogistes portaient, comme de juste, des fruits différents. Les premiers s'attachaient aux dépouillements de faits, qu'ils employaient à critiquer les généralisations des seconds : ils étaient historiens et traditionalistes. Les seconds, au contraire, travaillaient à éliminer ce qui échappait à leurs lois en formulant des lois nouvelles; ils étaient doctrinaires et novateurs[2].

Les deux systèmes avaient eu jadis pour interprètes éloquents les Grecs Cratès et Aristarque. Les Romains, disciples de Cratès, étaient portés par leur tour d'esprit pratique à embrasser ses idées, et à se dire anomalistes. Les Grecs, plus épris de logique que de pragmatisme, suivaient volontiers Aristarque et les analogistes. Mais il n'y avait là rien d'absolu. Chaque système avait ses partisans chez les deux peuples[3] : ainsi Jules César se prononça en faveur de l'analogie, et écrivit un livre pour la défendre[4]. Pour qu'un homme d'action, et de cette valeur, se mêlât à pareille dispute, il fallait que la question débattue retentît au delà des cénacles philologiques. De fait, elle ne passionnait pas que les grimauds d'école et les beaux esprits, elle intéressait tous ceux qui se consacraient aux grands intérêts publics ou privés, tous ceux qui touchaient à la politique et au droit : ainsi les rhéteurs se partageaient entre les écoles adverses des *Apollodorei* et des *Theodorei*[5], et les juristes entre les écoles des Sabiniens et des Proculiens.

Un savant historien de la littérature latine, Mr Schanz, a proposé en effet d'expliquer par le conflit de l'analogie et de l'anomalie l'antagonisme des deux célèbres sectes juridiques romaines[6]. Si cette explication ingénieuse et pénétrante n'a pas trouvé autant de crédit

[1] Jullien, *les Professeurs de littérature dans l'ancienne Rome, et leur enseignement depuis l'origine jusqu'à la mort d'Auguste*, Paris, 1885, p. 217.

[2] Schanz, *Die Analogisten und Anomalisten im römischen Recht* (*Philologus*, XLII (1884), pp. 308-318), p. 317.

[3] Nous empruntons quelques expressions à Jullien, *l° c°*, p. 217.

[4] Suet., *Caes.*, 56.

[5] Voy. surtout l'étude précitée de Mr Schanz, dans *Hermes*, XXV (1890), pp. 36-54.

[6] Voy. déjà les indications suggestives de Sanio, *Varroniana*, pp. 265 et sqq.

qu'elle en méritait chez les historiens du droit[1], cela tient à ce que son auteur n'a pu la mettre à l'épreuve en la confrontant avec les solutions données par les deux partis aux questions qui les divisaient. Nous n'avons pas à entreprendre ici cette vérification, qui serait délicate, mais probante, non plus qu'à rechercher quelle part revient aux anomalistes et aux analogistes dans la technique des institutions classiques. Car peu importe, pour nous, que tous les Proculiens aient été analogistes, ou que tous les Sabiniens aient été anomalistes[2]. Il nous suffit de constater que Labéon a systématiquement professé, comme grammairien et comme juriste, la méthode analogiste, tandis que Servius et Sabinus ont professé la méthode anomaliste, ou n'ont pas adopté de système défini. Les deux propositions trouvent leur justification dans les faits que nous pouvons connaître.

II

Au dire de Suétone[3], c'est vers le temps de la mort d'Ennius

[1] Plusieurs historiens du droit romain condamnent sommairement l'hypothèse de Schanz. D'autres l'ignorent. Parmi les premiers, citons : Bekker, *Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, VI (1885), R. A., pp. 75-78; Krueger, *Quellen*[2], pp. 155, n. 9, et 161, n. 7; Karlowa, II, pp. 1030-1031 (*Berichtigungen und Nachträge zur* p. 663, A. 1); Brunner, II, 1, pp. 24-25; Pernice, dans *Encycl. der Rechtswissenschaft*, 1890, p. 151, n. 3; Jörs, V° *Antistius*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, I, col. 2548-2557, c. 2556. Parmi les seconds, citons Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*[3], 1909, p. 116; Costa, *Storia delle fonti del diritto romano*, 1909, pp. 83 et sqq.; Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898; Brini, *Delle due sette dei giureconsulti romani*, Bologna, 1890, etc.

[2] Bien entendu, il ne faudrait pas supposer que les deux écoles ont conservé en toutes matières, et jusqu'au temps de leur déclin, un antagonisme irréductible de méthodes, alors que leur déclin semble précisément dû aux concessions réciproques qu'elles se sont faites. Les jurisconsultes romains sont pragmatistes plutôt que rationalistes. Nous croirions volontiers que la querelle de l'analogie a contribué à séparer les deux écoles. Mais il faut aussi faire la part des habitudes, des partis pris, des traditions sans fondement logique, dont s'alimente un « esprit de coterie » ; il faut tenir compte des différences de doctrines physiques et métaphysiques (Mlle Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, 1902, ch. III, a montré, par exemple, que, dans la question de la spécification, les Proculiens ont suivi la doctrine péripatéticienne et les Sabiniens, la doctrine stoïcienne); il faut tenir compte enfin des tendances politiques et des tempéraments. Un grand seigneur républicain, adversaire irréductible de l'Empire, comme Labéon, a dû marquer sa doctrine d'une autre empreinte qu'un petit répétiteur, courtisan du succès, et parvenu sur le tard aux situations officielles, comme Sabinus.

[3] Sueton., *De gramm.*, 2.

(environ 585 U. C. = 169 a. J.-Chr.[1]) que Cratès importa à Rome les premières notions de philologie. Nous pourrions donc, depuis cette époque, nous enquérir de l'attitude qu'ont tenue les principaux jurisconsultes romains dans la querelle de l'analogie et de l'anomalie. Mais, si les indices abondent pour attester les progrès que la culture grammaticale fit de bonne heure dans leurs rangs[2], ils manquent à peu près complètement dès qu'il s'agit de préciser comment ces progrès retentirent sur les méthodes de l'interprétation juridique. Le laconisme des *veteres* nous est connu. Héritiers des pontifes, ils formulent leurs décisions comme des oracles, sans en divulguer les fondements, logiques ou empiriques. Empiriques même plutôt que logiques : les vieux jurisconsultes ne se piquent guère de fidélité à un système : ils font flèche de tout bois[3], usant, pour atteindre les buts pratiques qu'ils visent, de cet éclectisme que recommandent aussi aux orateurs les traités de rhétorique[4]. Dans l'ensemble, ils se rapprochent plus, semble-t-il, des anomalistes que des analogistes[5].

[1] Schanz, *G. der röm. Litt.*, I, 1³, p. 329.

[2] C'est déjà à l'interprétation grammaticale, nous le savons *(supra*, p. 259), que recouraient M. Iunius Brutus, M' Manilius et P. Mucius Scaevola dans le débat sur la rétroactivité de la loi Atinia.

[3] Cf. p. ex. l'argumentation mi-analogiste, mi-anomaliste de l'orateur Crassus décrite par Cicéron *(Pro Caecina*, 24, 69) : Crassus non ita causam apud C viros egit, ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud, quod Scaevola defendebat, non esse iuris : et in eam rem non solum rationes afferret (raisonnement analogique), sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur (raisonnement anomaliste).

[4] P. ex. *Auct. ad Herenn.*, I, 2, 3 ; Cic., *Orat.*, 3, 12 : Huius *(i. e.* Platonis) et aliorum philosophorum disputationibus et exagitatus maxime orator est et adiutus. Omnis enim ubertas et quasi silva dicendi ducta ab illis est...

[5] Un seul texte, tout à fait exceptionnel, témoignerait d'une méthode moins rudimentaire. Ce serait le fameux témoignage de Caton (sans doute M. Porcius Cato M. F.), cité par Paul *(Dig.*, 45, 1, fr. 4, 1), et relatif à la *stipulatio poenae* et aux obligations indivisibles. Un passage semblerait impliquer l'adhésion de Caton à la discipline analogiste : Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu ômnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, similemque esse huic illam stipulationem « per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat ? » Mais ce texte est une vraie mosaïque. Paul l'a sans doute remanié ; les compilateurs de Justinien ne l'ont pas épargné, et les éditeurs modernes eux-mêmes y ont mis du leur (Cf. Lenel, *Paling.*, I, c. 1284, n° 1841). Les mots *similemque esse huic* proviennent d'une restitution de Mommsen. Mr Debray a établi *(Le § Cato D. XLV, 1, 4 § 1.* Extr. de la *Rev. générale de Droit*, 1908, pp. 20-24) que la fin du passage, depuis *illam stipulationem*, n'appartient pas à Caton. Nous croirions volontiers que la phrase *Differentiae hanc esse rationem* ne lui appartient pas davantage.

Cela est vrai de Q. Mucius Scaevola. A en juger par les fragments de ses œuvres qui nous sont parvenus, et où figurent plusieurs étymologies aetiologiques analogues à celles des grammairiens contemporains[1], il n'est pas dépourvu de culture philologique. Comme juriste, nous savons qu'il a le premier cherché à définir et à classer systématiquement *(generatim constituere)* les institutions du droit civil[2], et qu'il a même écrit, sous l'influence de la philosophie grecque, un livre de définitions (ὅροι) : ce qui nous porterait à le ranger, au premier abord, parmi les analogistes, si nous ignorions combien son travail de définition et de classification est encore rudimentaire. Q. Mucius se contente, semble-t-il, de réunir et de juxtaposer empiriquement les éléments épars que lui fournissent les préceptes de droit positif, en se basant pour cela beaucoup plus sur des critères externes, notamment sur la terminologie, que sur l'identité de *ratio iuris*. Avec une pareille méthode, définition et classification se confondent, et se ramènent pareillement à des énumérations. C'est précisément en empruntant des exemples[3] à Q. Mu-

[1] Étymologies de *pontifex* (Varro, *L. L.*, V, 15, 83); de *postliminium* (Cic., *Top.*, 8, 37); de *penus* (Gell., V, 4, IV, 1, 17 : quod non in promptu est, sed intus et penitus habeatur), etc. Ceci, *Le etimologie...*, pp. 68-70.

[2] Pomponius, *Dig.*, 1, 2, fr. 2, § 41. Cf. Cic., *De orat.*, I, § 42, 190. Bremer, I, p. 59.

[3] Notamment *Topiques*, 8, 37 : définition du *postliminium*; 9, 38 : définition de l'obligation d'*aquam pluviam arcere* (non cité dans les fragments de Q. Mucius par Huschke-Seckel-Kuebler, I, pp. 17-22 et par Bremer, I, pp. 48-104); 6, 29 : définition des *gentiles*, etc. Sans doute beaucoup d'exemples qui figurent dans ce même passage, et qui sont empruntés à la littérature juridique *(Vestra exempla*, dit Cicéron lui-même, 7, 32, en s'adressant à Trebatius), viennent-ils aussi de Q. Mucius Scaevola. Ainsi certain exemple donné sans référence (*Top.*, 10, 42) fait penser nécessairement à l'énumération des actions de bonne foi due à Q. Mucius (Cic., *De off.*, III, 17, 70. — C'est probablement à tort que Karlowa (*Röm. R. G.*, II, pp. 255) et Mr Desserteaux *(Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, Dijon-Paris, I, 1909, p. 47) attribuent la définition des *gentiles*, non, comme on le fait d'habitude (cf. Girard, *Manuel*[5], p. 146, 2; Huschke-Seckel-Kuebler, I, pp. 18-19, n° 8; Bremer, I, p. 81, n. 3), à Q. Mucius P. F. P. N. Scaevola (cos. 659 — 95), mais à son père P. Mucius Scaevola (cos. 621 — 133). La raison décisive [illegible] qu'il s'agit de Q. Mucius, c'est, à notre sens, la qualification de *pontifex* qui lui est donnée ici. Le père et le fils ont été également pontifes. Cicéron n'aurait pas employé l'épithète de *pontifex* pour les distinguer l'un de l'autre. Mais, par contre, il avait l'habitude d'accoler cette qualification au nom du fils pour le différencier de son oncle et homonyme Q. Mucius Scaevola l'augure (cos., *Lael.*, 1, 1). Remarquons en outre que Cicéron, ayant rédigé ses *Topiques* en quelques jours, au cours d'une traversée, de mémoire, et sans le secours d'aucun livre (*Top.*, 1, 5 : haec, cum nullum librum non habebam, memoriae repetita in ipsa navigatione conscripsi

cius[1] que Cicéron nous renseigne sur l'art de définir. On définit, dit-il, soit en énumérant les parties (= *definitio partitionum)*, soit en énumérant les espèces *(formae* ou *species)* comprises dans le genre défini *(= definitio divisionum)*[2]. Les définitions de Q. Mucius rentrent toutes dans ce double type. Comme particulièrement caractéristiques de sa manière, on peut citer sa célèbre liste des actions de bonne foi[3], qui passait si bien pour une définition qu'on ne s'est jamais préoccupé, semble-t-il, de lui substituer une formule exprimant de manière plus adéquate le contenu du concept défini, et qu'on s'est contenté de la mettre au courant par des additions successives[4], — ou sa classification des tutelles, qui, selon toute vraisemblance, rapproche et confond dans une même énumération des *genera* et des *species tutelarum*[5], et qui constitue, autant qu'on peut le conclure d'une allusion de Cicéron, une *definitio partitionum*[6]; — ou encore

Schanz, I, 2[3], p. 310; Dirksen, *Ueber Cicero's untergangene Schrift : De iure civili in artem redigendo. Hinterlassene Schriften*, I, p. 12, n. 56), il est peu probable, dans ces conditions, qu'il ait pu se référer à l'œuvre déjà vieillie de P. Mucius, qu'il cite assez rarement dans ses autres ouvrages (Voy. les citations dans Huschke-Seckel-Kuebler, I, pp. 8-9, et Bremer, I, p. 33). Au contraire, Cicéron connaît à merveille les enseignements de Q. Mucius, dont il a été l'élève (Cic., *Lael.*, I, 1; *Brut.*, 89, 306; Schanz, I, 2[3], p. 230), et il fait allusion, sans ambigüité possible, à une de ses doctrines dans un passage des *Topiques* qui suit à peu de distance celui dont on vient de parler (8, 37 : Scaevola enim, P. F., iunctum putat esse verbum...). On n'invoquera pas, en sens contraire (cf. Karlowa, II, p. 255), un autre endroit des *Topiques* (4, 24) où il est question de P. Mucius : visiblement Cicéron ne mentionne cet auteur que de seconde main, d'après un *responsum* qu'il donne comme exemple d'argument d'autorité : Si ita respondeas : Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quo .., id tibi ius videri. Nous croirions volontiers que le *responsum* est précisément emprunté à Q. Mucius, défenseur et champion attitré des doctrines paternelles (: paterni iuris defensor et quasi patrimonii propugnator sui. Cic., *De orat.*, I, 57, 244).

[1] Et non à Servius. Cf. Vernay, *Servius et son école*, p. 61.

[2] Vernay, p. 60.

[3] Cic., *De off.*, III, 17, 70.

[4] Notamment Gaius, IV, 62; *Inst. Iust.*, IV, 6, 28.

[5] Gaius, I, 188. Cf. Dirksen, *Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, übertragen in die Werke des Boëthius. Hinterlassene Schriften*, I, p. 172; Pernice, *Labeo*, I, pp. 23 et sqq. Pernice pense que la division de Q. Mucius était la suivante : *Tutela adgnati; tutela patroni; tutela testamentaria; tutela Atiliana; tutela specialis* (voy. aussi Vernay, p. 64). Kniep, *Gai Institutionum commentarius primus*, Iena, 1911, p. 305, croit que Q. Mucius distinguait les tutelles d'après leur mode d'institution (testament; loi; magistrat; *tutoris optio; tutela cessicia)*.

[6] Cic., *Top.*, 8, 33 : Partitione... sic utendum est, nullam ut partem relinquas : ut, si partiri velis tutelas, inscienter facias, si ullam praetermittas...

sa classification des *tria genera deorum*[1], sa classification des possessions[2], et même sa définition des *gentiles*, qui, malgré son allure plus synthétique, se traduit encore par un jugement d'extension, et non par un jugement de compréhension[3]. En somme, si Q. Mucius suit une méthode, c'est plutôt celle de l'anomalie que celle de l'analogie. La même conclusion est imposée par l'examen des solutions qu'il apporte aux questions de détail controversées. On n'y rencontre pas l'argument d'analogie[4], familier pourtant aux rhéteurs

[1] August., *De civ. dei*, 4, 27 : Relatum est in litteras, doctissimum pontificem Scaevolam disputasse tria genera tradita deorum : unum a poetis, alterum a philosophis, tertium a principibus civitatis... Le procédé de Scaevola apparaît nettement ici : il consiste à juxtaposer ce que lui fournit la tradition poétique, philosophique et politique.

[2] Nous ignorons les termes de sa classification des possessions, mais nous savons bien qu'aucune notion synthétique ne lui servait de base, puisque Paul lui reproche d'englober maladroitement des cas de simple *custodia* (Paul., *Dig.*, 41, 2, fr. 3, 23 : Quod autem Q. Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est). Là encore la classification était toute empirique, et ne se fondait point sur la *ratio iuris*. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1², 1895, p. 427, 2.

[3] Car, on le remarquera, elle n'aboutit qu'à circonscrire la sphère de la gentilité en nous apprenant à quels signes extérieurs on reconnaît un *gentilis*, mais elle ne nous renseigne aucunement sur le contenu du concept de gentilité. Ce n'est pas une définition complète, *ex genere et differentiis*, ce n'est qu'une définition *ex differentiis*.

[4] On a parfois abusivement prêté à Q. Mucius des raisonnements d'analogiste. Cf. p. ex. Jhering, *la Faute en droit privé*, tr. Meulenaere, 1880, p. 12 ; Vernay, *op. cit.*, pp. 257-258. Mais, en fait, nous ne trouvons chez Q. Mucius qu'un seul exemple, fort rudimentaire d'ailleurs, d'argument *a similitudine*. Ulpian., *l. XXII ad Sab. Dig.*, 33, 9, fr. 3, 9 : Ligna et carbones ceteraque per quae penus conficeretur an penori legato contineantur, quaeritur. Et Quintus Mucius et Ofilius negaverunt : non magis quam molae, inquiunt, continentur... Nous avons là un argument *a similitudine*, non un argument d'analogie. L'argument d'analogie (*ratiocinatio*) est en effet une variété de l'argument *a similitudine*, qui en comprend d'autres (tels que l'exemple, la comparaison, etc.) (Quint., *Inst. Orat.*, V, 11). La plus grande généralité de l'argument *a similitudine* apparaît bien par les définitions qu'en donne Auct. ad Herenn., IV, 45, 59 (Similitudo est oratio traducens ad rem quampiam aliquid ex re dispari simile), et Cic., *Top.*, 3, 15. On argumente par analogie du certain à l'incertain. C'est un moyen d'étendre à un cas non prévu par le droit positif une solution juridique certaine. Voy. Auct. ad Herenn., II, 12, 17 ; Cic., *De inv.*, II, 50, 148 ; Auct. ad Herenn., I, 13, 23 : Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudinem quandam aucupatur (cf. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, pp. 29 et sqq. ; 264 et sqq. ; 194 et sqq.). Par contre, l'argument *a similitudine* peut se livrer à une solution juridique conjecturale, ou même d'une constatation non juridique. Et, en effet,

de son époque, tandis qu'on y rencontre certainement l'argument d'autorité cher aux anomalistes[1].

12

De Q. Mucius à Servius Sulpicius, un progrès sensible se réalise dans les méthodes[2]. Servius, « vir aetatis suae doctissimus », « vir bene litteratus », au dire d'Aulu-Gelle[3], avait plus approfondi l'*ars*

l'argumentation de Q. Mucius nous laisse ignorer si le droit positif de son époque comprenait les *molae* dans la *penus*. Peut-être même n'existait-il pas de jurisprudence sur la question. — L'argument d'analogie et l'argument *a similitudine* supposent tous deux qu'on relève entre les deux termes du raisonnement certaines ressemblances. P. ex., selon Q. Mucius, les *ligna et carbones* ressemblent aux *molae* en ce que les uns comme les autres servent à confectionner la *penus*. Cette ressemblance pourrait fournir une base à un raisonnement par analogie. Mais, pour poursuivre la *ratiocinatio*, il faudrait alléguer que la ressemblance constatée dérive d'une *ratio iuris* identique dans les deux cas, dont l'existence légitimerait l'extension au cas incertain de la solution admise pour le cas certain. Or Q. Mucius ne fait aucune allusion à l'existence de cette *ratio iuris*. A supposer que le droit de son temps exclut les *molae* de la *penus*, il ne montre pas que cette exclusion s'explique parce que les *molae* servent à préparer la *penus*. A supposer donc que Q. Mucius ait songé, à la rigueur, à une *ratiocinatio*, il n'a pas mis son argumentation en forme.

[1] Nous faisons allusion à l'argument dont usait Q. Mucius, au dire de Pline (*H. N.*, 14, 13, 92), pour établir que le vin myrrhé rentrait dans les *dulcia* : c'était un argument d'*auctoritas*, tiré d'un texte de Plaute (*Pseudolus*, vv. 740-741. II, 4, 50-51) : « Scaevolam... et L. Ælium et Ateium Capitonem in eadem sententia fuisse video, quoniam in Pseudulo sit :

Quod si opus est, ut dulce promat indidem,
ecquid habet? — Rogas?
Murrinam, passum, defrutum, mella.

quibus apparet, non inter vina modo murrinam, sed inter dulcia quoque nominatam. »

Q. Mucius examinait sans doute cette question à propos des difficultés soulevées par l'interprétation de legs portant sur la *penus* ou sur les *dulcia* du testateur. Pline, qui cite ici Q. Mucius, cite en même temps, parmi les auteurs qui ont usé du même argument, le grammairien L. Aelius Stilo et le jurisconsulte Ateius Capito (cf. pourtant, pour le dernier, Bremer, II, 1, p. 274), qui passent pour avoir appartenu au parti anomaliste. Pour L. Ælius, voy. Reitzenstein, *M. Terentius Varro und Johannes Mauropus von Euchaita*, Leipzig, 1901, pp. 51 et sqq.; pour Ateius Capito, voy. Schanz, *Philologus*, *l° c°*, p. 316.

[2] Le contraste entre Q. Mucius et Servius est marqué par Cicéron (*Brutus*, 41, 152 et sqq.), qui avait peut-être formé le dessein (Dirksen, *Hinterlassene Schriften*, I, p. 18) de défendre, à l'encontre de Q. Mucius, une méthode voisine de celle de Servius. Son traité *De iure civili in artem redigendo*, qui tendait à accommoder la dialectique à la pratique juridique, se faisait-il le champion de l'analogie?

[3] Gell., *N. A.*, II, 10, 1; VII (VI), 12, 1

grammatica que n'avait fait Q. Mucius. Quand nous ignorerions qu'il étudia à Rhodes, en même temps que Cicéron, la dialectique et toutes les disciplines libérales *(omnes bonarum rerum disciplinae*[1]*)*, et qu'il fut l'ami de M. Terentius Varro, à qui il demanda parfois des consultations grammaticales[2], nous reconnaîtrions ses préoccupations philologiques dans plusieurs fragments de ses œuvres de droit religieux[3] et de droit privé[4]. Nous y discernerions aussi ses tendances abstraites, synthétiques, généralisatrices : sans doute il a le premier substitué des positions de thèses aux énumérations et classifications d'hypothèses accumulées par Q. Mucius[5]. Cependant son attitude dans la querelle spéciale de l'analogie et de l'anomalie reste équivoque[6]. Nous pouvons conjecturer, à la rigueur, qu'il penchait vers l'analogie : Cicéron relève déjà, comme caractéristique de sa méthode, son souci de poser des règles pour séparer le vrai du faux[7]. Ses décisions sont plutôt en ce sens[8], bien qu'il existe peut-être

[1] Cic., *Brutus*, 41, 151 et sqq.

[2] Une réponse de Varron est rapportée par Gell., *N. A.*, II, 10, 2 et sqq. Voy. Sanio, *Varroniana*, p. 219, n. 338.

[3] Gell., *N. A.*, VII (VI), 12, 1 : étymologie de *testamentum*. Vernay, *op. cit.*, p. 72. En général, voy. Ceci, *le Etimologie*, pp. 79-83.

[4] *Dig.*, 50, 16, fr. 122 : Servius ait, si ita scriptum sit : « Filio filiisque meis hosce tutores do », masculis duntaxat tutores datos, quoniam a singulari casu hoc « filio » ad pluralem videtur transisse continentem eumdem sexum, quem singularis prior positus habuisset. *Dig.*, 50, 16, fr. 237 : Duobus negativis verbis quasi permittit lex magis quam prohibuit, idque etiam Servius animadvertit. Voy. aussi les textes cités plus loin.

[5] Vernay, *op. cit.*, p. 30.

[6] M. Vernay n'examine pas la question. Cf. *op. cit.*, pp. 70-71.

[7] Cic., *Brutus*, 41, 152 et 153 : Sic enim ..., Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam, et apud multos fuisse; artem in hoc uno *(sc.* Ser. Sulpicio*)*, quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea adiecisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando; ambigua primum videre, deinde distinguere; postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicaremus, et quae, quibus propositis, essent, quaeque non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.

[8] Macr., *Sat.*, III, 3, 8 : Servius Sulpicius religionem esse ait iustam, quae propter sanctitatem aliquam remota ac seposita a nobis sit, quasi a relinquendo dicta, ut a carendo caerimonia. Cic., *Leg.*, 8, 19 : In quo (« verbo » postliminium) Servius noster, ut opinor, nihil putat esse satendum, nisi « post », et « limen » illud productionem esse verbi vult, ut in « finitimo, legitimo, aedituo », non plus esse « limum », quam in « aedituo » « tuum ». Servius était donc analogiste en grammaire, et toutefois on peut se reporter à des témoi

quelques textes dans lesquels il paraisse faire figure d'anomaliste[1]. C'est sans doute en s'inspirant des principes analogistes qu'il a

gnages étrangers à la matière de la flexion. Il a aussi, comme juriste, raisonné souvent en analogiste. Voy. p. ex. GAIUS, III. 156 : (Quaeritur) an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. [Sed] Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicu mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. *Dig.*, 40, 7, fr. 14, pr. : Nec magis ob eam rem liberum esse quam si... (Ce *responsum*, rapporté par ALFENUS VARUS, émane de SERVIUS, d'après la scholie 1 des *Basiliques*, 48, 5. 15, pr. : καὶ ἐρωτηθεὶς περὶ τούτου Σέρβιος ἀπεκρίνατο...)

[1] Ce sont ces cas aberrants sur lesquels il convient surtout d'insister. Ils ne sont pas très significatifs. Voici ceux que nous avons notés. 1° FESTUS, V° *Vindiciae* (éd. M., p. 376 ; éd. TH. DE P., p. 574) : Ser. Sulpicius [nomine et]iam singulariter formato vindiciam esse ait [dictam, q]ua de re controversia est, ab eo, quod vindicatur. La formule ne serait anomaliste que si *singulariter* y signifiait « d'une façon anormale ». Mais il signifie « au singulier » et s'oppose à *pluraliter*. Cf. le témoignage de LABÉON, *infra*, 775, 2. 2° A en croire JUSTINIEN, *Inst.*, III, 25, 2, SERVIUS se serait posé en anomaliste à l'encontre de Q. MUCIUS dans un débat portant sur la valeur d'un pacte de société qui attribuerait à chaque associé une quotité de bénéfices différente de sa quotité de pertes. Q. MUCIUS invoquait la nature de la *societas*, qui impose l'égalité dans la répartition du *damnum* et du *lucrum ;* SERVIUS invoquait l'équité, qui justifie parfois des dérogations exceptionnelles à la règle générale : Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit ... Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore conditione in societatem admitti (sur ce texte, voy. VERNAY, *op. cit.*, pp. 235-236). Mais il faudrait pouvoir affirmer que les argumentations reproduites émanent bien respectivement de Q. MUCIUS et de SERVIUS. Or ce point reste douteux, si l'on rapproche le texte des *Institutes* du passage correspondant de GAIUS (III, 149), et d'un fragment d'ULPIEN (*Dig.*, 17, 2, fr. 30). 3° CELSUS, *l. XIX Digest. Dig.*, 33, 10, fr. 7, §§ 1 et 2 : Servius fatetur... non enim ex opinionibus hominum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tubero parum sibi liquere ait : nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Les jurisconsultes romains du VIIe et du VIIIe siècle se préoccupaient de déterminer l'étendue exacte d'un legs portant sur un ensemble d'objets réunis dans une désignation collective courante (legs de la *supellex*, de la *penus*, du *lignum;* etc.). Fallait-il donner aux mots employés par le testateur l'acception générale qu'ils avaient dans l'usage commun de la langue ? ou fallait-il leur donner l'acception spéciale qu'ils pouvaient avoir dans l'usage personnel du testateur ? Les analogistes penchaient dans le premier sens, car le *communis usus* fournissait une règle d'interprétation générale, non susceptible d'exceptions (évitons à ce propos une cause d'ambiguïté : les anomalistes invoquent fréquemment le *communis usus*, la *consuetudo*. Cf. QUINT., *Inst. or.*, I, 6 : Consuetudo... certissima loquendi magistra, utendumque plane sermone, ut nummo, cui publica forma est. — Mais c'est seulement pour établir les anomalies du langage). Les anomalistes penchaient dans le sens opposé, et admettaient autant d'acceptions que d'usages individuels. A cet égard, SERVIUS se serait donc comporté en analogiste, et Q. ÆLIUS TUBERO, le maître d'ATEIUS CAPITO, en anomaliste. Cf. sur ce même texte VERNAY, *op. cit.*, p. 83, pour qui SERVIUS s'inspire ici des principes aristotéliciens.

corrigé certaines définitions ou classifications de Q. Mucius[1], et les a rétablies sur des bases plus rationnelles[2].

On conclurait de même pour les auditeurs de Servius (Alfenus Varus, Ofilius). Philosophe moins généralisateur[3], semble-t-il, et philologue moins exercé que son maître[4], Alfenus a trop subi l'influence de ce dernier pour pratiquer d'autres méthodes. On sait d'ailleurs combien il est difficile de séparer les contributions respectives des deux jurisconsultes dans ce qui nous reste des *Digesta* d'Alfenus[5]. A travers les incertitudes des textes, nous voyons Alfenus incliner vers l'analogie[6], sans peut-être se défendre de toute concession à l'anomalie[7]. Nous possédons un exemple d'argument d'analogie employé par Aulus Ofilius[8].

[1] Vernay, pp. 61 et sqq.

[2] Définitions : p. ex. Gell., IV, 1, 17 ; *Dig.*, 50, 16, fr. 25, 1. Classifications : nous pensons notamment à la classification des tutelles. Après avoir donné la première définition adéquate (non par énumération, mais *ex genere et differentiis*) de la tutelle (Paul., *l. XXXVIII ad edict. Dig.*, 26, 1, fr. 1, pr.), Servius en a proposé une division nouvelle, plus simple que celle de Q. Mucius (trois *genera*, au lieu des cinq *genera* de Q. Mucius). Cette division procédait de vues analogistes, si elle prenait comme point de départ, selon la conjecture de Pernice, *Labeo*, I, p. 24, et de Mr Knief, *Gai Institutionum Commentarius primus*, p. 305 (voy. aussi Vernay, *op. cit.*, p. 65), les sources de la tutelle *(tutela legitima, testamentaria, dativa)*.

[3] A en juger du moins par le tour concret qu'il imprime ordinairement à l'expression de sa pensée.

[4] Il est peu de fragments appartenant sûrement et exclusivement à Alfenus qui attestent quelques préoccupations philologiques. Voy. cependant Gell., N. A., VII, 5, 1 (... Quid esset purum putum. Respondi, inquit *(sc.* Varus), ego putum esse valde purum, sicut novum novicium dicimus, et proprium propicium, augere atque intendere volentes novi et propri significationem), et *Dig.*, 50, 16, fr. 239, 6 (sans doute emprunté à Varron, Sanio, *Varroniana*, p. 34). Voy. Chaix, *le Etimologie*, pp. 89-90.

[5] *Supra*, p. 485.

[6] Paul., *l. III epitomatorum Alfeni Digestorum* (*Dig.*, 14, 2, fr. 7) : Cum depressa navis aut deiecta esset, quod quisque ex ea suum servasset, sibi servare respondit, tanquam ex incendio. Alfenus, *l. II Digestorum a Paulo epitomatorum (Dig.*, 32, fr. 60, 2) : Respondit... non dissimilem esse deliberationem, cum penus legata esset... (texte suspect d'ailleurs de fortes interpolations. Cf. Bremer, I, pp. 178-180). Paul., *l. IV epitomarum Alfeni Digestorum* (*Dig.*, 10, 4, fr. 19) : ... illa ratione etiam... Ces textes sont attribués à Servius par Mr Bremer (I, pp. 178 ; 192 ; 206), sans raison suffisante. Mr Vernay cite encore *Dig.*, 5, 1, fr. 76 (: neque in hoc solum exemire ut partibus communitatis eadem ius esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus...) ; 18, 1, fr. 40, 6 ; 33, 4, fr. 6, 1.

[7] Argument d'anomalie chez Alfenus dans *Dig.*, 50, 16, fr. 87. Alfenus invoque la *consuetudo cotidiana* pour justifier une extension exceptionnelle du mot *Roma* aux parties de l'agglomération romaine qui se trouvent hors des murs.

[8] Ofilius philologue : *Dig.*, 50, 16, fr. 180, 1 (Ofilius ait tugurium a tecto tan-

13

En arrivant à Labéon, au contraire, toute ambiguïté disparaît. Pour la première fois, la méthode d'analogie s'affirme avec rigueur et netteté. On sait, par les témoignages de Pomponius[1] et d'Aulu-Gelle, que Labéon avait beaucoup approfondi la dialectique et la grammaire[2], et qu'il s'était servi de cette dernière science pour débrouiller « les lacs du droit[3] » :

Labeo Antistius, dit Aulu-Gelle[4], iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de iure publice responsitavit; ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit et in grammaticam sese atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetraverat Latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos utebatur.

Mr Schanz a démontré de la façon la plus convaincante[5] que ces derniers mots ne peuvent s'appliquer qu'à un analogiste[6]. Seul l'analogiste recherche les *vocum rationes*, l'anomaliste ne s'appuyant que sur l'*auctoritas*, la *vetustas*, la *consuetudo*. D'ailleurs

quam tegularium esse dictum, ut toga, quod ea tegamur). Cf. Ceci, *le Etimologie*, pp. 84-85. Ofilius analogiste : Ulpian., *l. XVIII ad edict. Dig.*, 9, 2, fr. 9, 3 : Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus. Toutefois ces derniers mots peuvent avoir été ajoutés par Ulpien au texte original d'Ofilius.

[1] Pompon., *Dig.*, 1, 2, fr. 2, 47 : Qui et ceteris operis *(ou* partibus?) sapientiae operam dederat...

[2] Sur Labéon grammairien, voy. Sanio, *Varroniana*, pp. 253-254; Pernice, *Labeo*, I, p. 22; Bremer, II, 1, pp. 10 et sqq.; Ceci, *le Etimologie*, pp. 97-105; Joers, V° *Antistius*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, I, col. 2555; et les fragments réunis dans Funaioli, *Grammaticae romanae fragmenta*, I, 1907, pp. 557-563.

[3] C'est tout à fait arbitrairement que Mr P. Krueger, *Quellen*[2], p. 155, 9, récuse sur ce point le témoignage formel d'Aulu-Gelle, et déclare qu'on peut le tenir pour « l'impression d'un laïque inexpérimenté ».

[4] Gell., *N. A.*, XIII, 10, 1.

[5] Voy. Bremer, II, p. 25; Bekker, *l° c°*, p. 76. Les réserves de Karlowa, I, p. 1030, ne reposent sur rien. Cf. Schanz, *Die Apollodoreer und die Theodoreer*. *Hermes*, XXV (1890), p. 53, n. 2.

[6] Schanz, *Philologus*, XLII (1884), pp. 312-314; *Geschichte der römischen Litteratur*, II, 1[3], p. 351. Voy. aussi Ceci, *le Etimologie*, p. 27.

nous possédons au moins[1] un texte fort explicite, qui nous montre Labéon invoquant l'analogie *(proportio)* comme garant de certaines formes grammaticales :

Penatis singulariter Labeo Antistius posse dici putat, quia pluraliter Penates dicantur, cum patiatur proportio etiam Penas dici, ut optimas, primas, Antias[2].

Il s'en sert également comme instrument d'interprétation juridique. Il est le premier des jurisconsultes romains qui emploie systématiquement l'extension des préceptes juridiques par voie d'analogie[3]. Avant lui, on rencontre bien quelques raisonnements d'allure analogique, mais hésitants encore et informes, dont on sait à peine s'ils se fondent sur les ressemblances externes des deux hypothèses ou sur l'identité interne de leur substance. Chez Labéon, nulle incertitude : il use si familièrement de l'extension par analogie que Mr Bremer[4] a pu en découvrir, dans ce qui nous reste de son œuvre, une douzaine d'exemples[5]. En outre il en use de la façon la plus caractéristique, la moins équivoque. Pour étendre à un cas nouveau l'effet et la sanction d'un précepte ancien, il ne manque pas de rechercher la raison intime et profonde qui explique ce précepte, et de constater qu'elle se retrouve dans le cas à résoudre. Si elliptique que soit parfois l'expression de sa pensée, surtout en l'état où elle nous est parvenue, nous y discernons toujours les traces de ce travail préalable d'analyse; le principe *Ubi eadem ratio, ibi idem*

[1] Cf. *Dig.*, 50, 16, fr. 242, 3 : Vidua sic dicta est quasi vecors, vesanus, qui sine corde aut sanitate esset : similiter viduam dictam esse sine duitate.

[2] Festus, V° *Penatis*, éd. M., p. 253 a ; éd. Th., p. 332 (Mr Th. de Ponor lit *portio* au lieu de *proportio*, mais le dernier éditeur de Festus, M. W. Lindsay, en est revenu à la leçon *proportio*. *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt*, Leipzig, 1913, p. 299). Bremer, *Jurispr. antehadr.*, II, p. 79 ; Huschke-Seckel-Kuebler, *Jurispr. anteiust.*[6], I, p. 58.

[3] Mr Joers prétend (*l° c°*, col. 2556) que Labéon use des arguments d'analogie « wie es jeder Jurist täglich thut ». Il n'est guère douteux que tout juriste contemporain use quotidiennement, — et parfois à tort et à travers —, de l'argument d'analogie. Mais la question serait de savoir si les juristes antérieurs à Labéon en usaient quotidiennement : Mr Joers a négligé de l'approfondir.

[4] Bremer, II, 1, p. 17. Il est piquant de constater que ce même auteur accueille ailleurs (II, 1, pp. 24-25) certaines critiques contre les idées de Schanz, sans remarquer qu'il y a un lien étroit entre les deux questions.

[5] Voy. aussi Joers, *l° c°*, col. 2556. On pourrait allonger l'énumération. Ainsi, nous avons vu Labéon refuser le nom de *furtum* au délit sanctionné par les actions *concepti* et *oblati*, parce qu'il n'y découvrait pas la même *ratio iuris* que dans le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum*.

ius l'inspire toujours, au moins implicitement. Bornons-nous à appuyer cette allégation de deux exemples.

Venuleius *(l. I Interdictorum)* :

Quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aeque interdicendum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas sit[1].

Ulpien *(l. LXXI ad edictum)* :

Quaesitum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit : utputa hereditas iacebat, postea adiit hereditatem Titius, an ei interdictum competat?... Ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit : nam et sepulchri nemo dominus fuit, et tamen, si quid in eo fiat, experiri possum quod vi aut clam[2].

En même temps, Labéon vulgarise et adapte aux exigences de l'art juridique la notion philosophique fondamentale dont procède la méthode analogiste, celle d'un ordre nécessaire basé sur la nature intime des choses[3]. Fréquemment il distingue ce qui est normal, conforme à la nature, de ce qui ne l'est pas[4]. Il oppose la *naturalis aequitas* à la *civilis aequitas*[5]. A l'encontre de Servius, qui hésite encore à introduire dans la jurisprudence la philosophie du droit naturel[6], il fait prévaloir le *naturale debitum* sur le *civile debitum*[7].

[1] *Dig.*, 43, 23, fr. 2. Cf. *Dig.*, 43, 20, fr. 1, 13.

[2] *Dig.*, 43, 24, fr. 13, 5. Pernice, *Labeo*, I, pp. 360 et sqq. Cf. *Dig.*, 28, 5, fr. 65, pr. Pernice, *Labeo*, I, p. 358, 2.

[3] Sa croyance à un ordre normal des choses apparaît soit dans sa définition de la maladie (*morbus*) (Gell., IV, 2, 3 : habitus cuiusque corporis contra naturam), qui exclut des *morbosi* compris dans l'édit des édiles les esclaves atteints d'une tare courante, non exceptionnelle : — soit dans sa définition de l'*ostentum* (Ulpian., *l. XXV ad edict. Dig.*, 50, 16, fr. 38); — soit dans sa définition de la possession (Paul., *l. LIV ad edict. Dig.*, 41, 2, fr. 1, pr. : Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positis, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit) : — soit enfin dans ses controverses sur l'action *aquae pluviae arcendae* (Ulpian., *l. LIII ad edict., Dig.*, 39, 3, fr. 1, 23 : agri naturam esse servandam ; Paul., *l. XLIX ad edict. Dig.*, 39, 3, fr. 2, 7).

[4] Krueger, *Geschichte der Quellen* [2], p. 132, 1.

[5] Ulpian., *l. XXXVIII ad edict. Dig.*, 47, 4, fr. 1, 1. *Supra*, p. 572.

[6] Vernay, *Servius*, p. 77, 2. C'est cependant chez un élève de Servius, chez Ofilius, qu'on rencontre pour la première fois l'expression *rerum natura*.

[7] Javolenus, *l. II ex poster. Labeonis. Dig.*, 35, 1, fr. 40, 3. Cf. Bremer, II, 1, p. 18.

On manque d'éléments suffisants pour évaluer la part qui lui revient dans l'élaboration des théories du *ius naturale* et des obligations naturelles; on peut soupçonner que cette part a été grande.

Ainsi Labéon paraît être le premier juriste qui ait porté un esprit de système dans les méthodes de l'interprétation juridique.

14

Sabinus ne l'imita point. Il n'avait, semble-t-il, ni l'inflexible rigueur logique, ni l'intransigeance de convictions, ni les scrupules scientifiques qui caractérisaient Labéon : ce qui explique d'ailleurs ses succès auprès des pouvoirs établis. Spécialiste à vues limitées, sans culture grammaticale ou philosophique très forte [1], il se préoccupa peu de systèmes. Sa pente naturelle le ramena aisément à l'empirisme des *veteres*. Au hasard des occasions, il s'appropria tous les arguments susceptibles de lui servir [2]. Il en prit beaucoup à Labéon lui-même [3], et ainsi pratiqua parfois l'extension par analogie [4], sans lui donner toutefois la fermeté et la précision qui distinguaient son devancier. Avec les analogistes encore il se plut à exalter le principe de l'ordre naturel, et à répéter les mots de *ratio*, *natura*, *naturalis ratio* [5]. Mais il n'hésita pas davantage à renier, le cas échéant, les principes dont il avait usé, et à professer que, les lois naturelles invoquées par les analogistes étant souvent

[1] Il résulte du témoignage de Pomponius (*Dig.*, 1, 2, fr. 2, 47 et 48) que Sabinus, contrairement à Labéon, ne s'était point adonné aux *ceterae operae sapientiae*.

[2] Ainsi sa définition du mot *religiosum*, basée sur une *proportio* (Gell., *N. A.*, IV, 9, 8), est empruntée à Servius Sulpicius (Macr., *Sat.*, III, 3, 8).

[3] Pernice, *Labeo*, I, pp. 87-89 ; Bremer, II, 1, pp. 378 et sqq.

[4] Ulpian., *l. XX ad Sabin. Dig.*, 33, 7, fr. 12, 13 : aves instrumento agri) exemplo apium contineri Sabinus... putavit. Cels., *l. V Digest. Dig.*, 8, 1, fr. 9 : Sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret : quod et in via servandum esse verum est.

[5] *Dig.*, 16, 3, fr. 14, 1 ; Gell., IV, 2, 15 ; *Dig.*, 21, 1, fr. 1, 7 (à la suite de Labéon). *Dig.*, 41, 1, fr. 7, 7 : Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant... (controverse sur la spécification). Cf. Gaius, II, 79. De même Gaius, I, 89 (quod placuit... naturali ratione fit : nam — ; suit un argument d'analogie) reproduirait, d'après Bremer, II, 1, p. 479, une doctrine de Sabinus. Voy. enfin Pomponius, *l. XXI ad Sabinum. Dig.*, 12, 6, fr. 14 (Hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem), si ce texte, comme le croit Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 218, n. 4, provient réellement de Sabinus.

démenties par l'expérience, notre ignorance de l'avenir justifie le retour à l'empirisme[1]. Le plus souvent enfin il raisonna en anomaliste[2].

Pour découvrir à travers ces fluctuations et ces contradictions quelques traits substantiels correspondant à ses préoccupations intimes et dominantes, il faut, croyons-nous, s'attacher surtout aux controverses dans lesquelles Sabinus combat l'école adverse, en cherchant à faire prévaloir des interprétations personnelles. En dehors de la matière du *furtum*, on n'en trouve guère plus de cinq ou six, qui ne sont pas également significatives[3]. Mais parmi elles figurent deux ou trois des thèmes de discussion les plus anciens parmi ceux qu'ont agités plus tard les écoles proculienne et sabinienne. Or on peut précisément établir que la méthode dont s'inspire Sabinus pour les résoudre est la méthode anomaliste.

Nous rencontrons d'abord la fameuse controverse sur la façon de déterminer l'âge de la puberté, controverse aussi familière aux rhéteurs qu'aux juristes[4]. L'école de Labéon proposait une règle générale, non susceptible d'exceptions individuelles, et fixait la puberté *ex ratione annorum*[5] à l'âge de quatorze ans. Sabinus et les Sabiniens[6] se refusaient, au contraire, à adopter une règle uniforme, et s'en tenaient à la question de fait : ils fixaient la puberté *ex habitu corporis*[7]. Il est clair qu'ici Sabinus se comportait en anomaliste à l'encontre des Proculiens, qui raisonnaient en analogistes.

Nous conclurons de même pour la célèbre controverse sur la

[1] Paul., *l. XVII ad Plaut. Dig.*, 5, 1, fr. 28, 5 : Nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.

[2] *Supra*, pp. 42, 1 ; 504 ; 560 ; 667 ; 702, 2 ; 719.

[3] Voy. l'énumération donnée par Bremer, II, 1, pp. 350-351.

[4] Voy. Quintil., *Inst. or.*, IV, 2, 5.

[5] Remarquons le mot *ratio*, rapporté à ce propos par Servius sur Verg., *Aen.*, VII, 53 (éd. Thilo et Hagen, II, p. 130) : *Iam matura viro iam plenis nubilis annis* non est iteratum, sed secundum ius dictum, in quo et ex annorum ratione et ex habitu corporis aetas comprobatur. Primum ergo ad habitum, secundum ad annos pertinet.

[6] Gaius, I, 196 : Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit.

[7] Gaius, I, 196 ; Ulp., *Reg.*, XI, 28 ; *Inst. Iust.*, I, 22, pr. Pernice, *Labeo*, I, pp. 208 et sqq. Collinet, *Contributions à l'histoire du droit romain. I. La puberté et la plena pubertas. N^lle Rev. Hist. de Droit*, XXIV (1900), pp. 366 et sqq.

question de savoir si l'échange est une espèce de vente. Sabinus et les Sabiniens répondent affirmativement, et justifient leur manière de voir par les arguments anomalistes de *vetustas* et d'*auctoritas*[1]. Transcrivons le texte de Gaius[2] :

Item pretium in numerata pecunia consistere debet... Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium. Unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero qui aliqua parte sic ait :

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο κομοωντες Ἀχαιοί·
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδηρῳ,
ἄλλοι δὲ δινεις, ἄλλοι δ' αὐτῃσι βοεσσι,
ἄλλοι δ' ἀνδραποδεσσι.

C'est d'ailleurs Sabinus lui-même, au dire de Paul, qui a versé cet argument d'autorité au débat[4].

Les Proculiens au contraire repoussent l'assimilation de l'échange à la vente, et ils invoquent à l'appui de leur doctrine le défaut d'analogie interne des deux conventions :

Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri[5].

[1] Cf. Quintil., *Inst. or.*, I, 6.

[2] Gaius, III, 141. De même *Inst. Iust.*, III, 23, 2.

[3] *Il.*, vv. 472-475.

[4] Paul., *l. XXXIII ad edict. Dig.*, 18, 1, fr. 1, 1 : Sabinus Homero [illegible] utitur...

[5] Cf. *Inst. Iust.*, III, 23, 2 : rationem non habet. Le terme technique par lequel se désigne l'argument d'analogie (*proportio*, [illegible] Gaius, II, 25, 2 ; Cicéron, *Inst. or.*, I, 6) est même prononcé à ce propos par le Proculien Cassius dans un texte célèbre et difficile (*l. III* (ou *VIII*?) *Digest. Dig.*, [illegible], 4, fr. 16 : Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus proportione emptionis et venditionis est... ?) La leçon *proportione* (au lieu de *pro portione*), proposée, après D. Gothofredus, par Schlossmann, est généralement admise aujourd'hui. Cf. [illegible] Appleton, *l'Obligation de transférer la propriété dans la vente romaine*. N^lle Rev. Hist., XXX (1906), p. 741, n. 2; Scialoja, *La l. 16 Dig. de cond. causa data*, 12, [illegible] *e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, extr. du *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, XIX (1907), pp. 174-175.

Là encore, on le voit, l'école proculienne raisonne en analogiste, l'école sabinienne en anomaliste[1].

En résumé, dans la querelle de l'anomalie et de l'analogie, les anciens jurisconsultes, et Sabinus lui-même, se sont comportés en empiriques, Servius et ses élèves manifestant plutôt des velléités analogistes, et Sabinus des velléités anomalistes. Seul Labéon prend parti fermement et systématiquement pour l'analogie.

15

Revenons maintenant au texte de Gaius (III, 194) : les sources s'en révèleront plus aisément à nous désormais.

De la première partie de ce texte il résulte que quelques auteurs (: *sunt qui scribunt)* s'étant préoccupés de définir la flagrance avaient éprouvé un certain embarras à constater l'existence simultanée de deux formes de *furtum manifestum*, à savoir le *furtum per lancem liciumque conceptum* et le *furtum quod deprehenditur dum fit*. Ils n'étaient point parvenus à les ramener à une notion unique. L'un était sanctionné par une disposition expresse des Douze Tables. L'autre ne l'était pas. Mais, tandis que le premier s'accordait mal avec l'idée qui commençait à prévaloir du *furtum*-soustraction, le second au contraire s'y adaptait exactement. C'est pourquoi nos auteurs disaient ce dernier conforme à la nature des choses. Et, sans chercher si une revision des notions du *furtum* ou de la flagrance ne permettait point d'englober les deux types de *furtum manifestum* dans une formule unique, ils se bornaient à juxtaposer empiriquement le *furtum manifestum lege* au *furtum manifestum natura*. Leur méthode était donc celle des plus anciens jurisconsultes, et aussi celle de Sabinus.

La deuxième partie du texte de Gaius s'inspire d'une méthode plus rigoureuse et plus exclusive. Le système précédent y subit l'assaut d'une critique serrée, fort claire en son principe. Il n'y a pas de *furtum manifestum lege*, proclame-t-elle en substance. Autrement dit, le *furtum per lancem liciumque conceptum* n'est point un *furtum manifestum*. Sinon, l'on introduirait une contradiction

[1] Cf. Kretschmar, *Die Erfüllung*, Leipzig, 1906, qui range (p. 55) les Sabiniens parmi les analogistes et (p. 56, 14) les Proculiens parmi les anomalistes.

ruineuse dans le concept du *furtum manifestum*, car la loi elle-même est impuissante à identifier les contraires : « Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit... » Les règles relatives à la flagrance, comme en général toutes les règles juridiques, n'ont d'autre fondement que la nature des choses (= *natura*, *naturalis ratio)* : « Verius est natura tantum furtum intellegi[1] ». C'est là, comme on voit, un raisonnement d'analogiste, et d'analogiste intransigeant[2], qui ne peut émaner d'aucun des *veteres*, et pas davantage de Sabinus, mais qui porte l'empreinte de Labéon.

Quant à la doctrine que Labéon combat, et qui a par conséquent pour auteur quelqu'un des *veteres*, on l'attribue sans grande hésitation à Servius. Car, autant que les textes dont nous disposons permettent de l'affirmer, aucun devancier de Servius n'avait employé les mots *natura*, *naturalis ratio*. Servius et ses élèves paraissent s'en être servis les premiers[3].

En résumé, le § 194 de Gaius parait composé sur le même modèle que les développements du § 183 et des §§ 186 et 187 : une première partie se rattache à l'archétype et comprend l'énoncé d'une doctrine due à Servius et acceptée par la tradition sabinienne ; une seconde partie provient de la première version des Institutes et se rattache à la tradition proculienne.

[1] Voy. le même raisonnement chez un maître moderne du droit criminel. Garraud, *Précis de droit criminel* [11], 1912, p. 81 : Dans le sens naturel du mot, un délit n'est flagrant qu'au moment où il se commet...

[2] Raisonnement qui a dû servir en d'autres matières. Grâce à lui sans doute, l'interruption naturelle de l'usucapion a supplanté l'interruption civile, la *cognatio* a grandi aux dépens de l'*agnatio* (cf. Gaius, I, 158 : Adgnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest. Mr Knipp croit, comme nous, que les mots *cognationis vero... non potest* n'appartiennent pas à l'archétype. Knipp, *Gai institutionum commentarius primus*, p. 266).

[3] Alfenus, *l. I Epitomarum*, *Dig.*, 38, 29, fr. 3 : quia vero non a patre, sed a genere (= *gente?* une erreur de copiste pourrait s'expliquer par la présence du mot *genere* une ligne plus haut), a civitate, a rerum naturâ tribuerentur, ea manere eis incolumia. Ce texte a pour auteur Alfenus, sinon même Servius. — Vers la même époque, Cicéron, condisciple et ami de Servius, professait que le droit se fonde sur la nature et sur la loi. *Part. orat.*, 37, 129 : Iuris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem... Cf. *De inventione*, II, 22, 65, et *Topic.*, 21, 82 : Si quaeratur a naturane ius profectum sit, an ab aliqua quasi conditione hominum et pactione...

16

195. Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.

Cette formule ne constitue pas, nous le savons[1], une véritable définition du *furtum*. Ce n'est qu'une transition, empruntée pour partie seulement à Sabinus. Les mots *non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet* se rapportent sans doute à ce qui précède. La *naturalis ratio* voudrait qu'on ne désignât du nom de *furtum* que la soustraction de la chose d'autrui. Mais, en fait, on désigne ainsi toute *contrectatio* de la chose d'autrui contre le gré du maître. On voit assez que cette transition procède de la méthode anomaliste. L'auteur, quel qu'il soit, a précisément modifié la formule originale de Sabinus pour la raccorder aux développements analogistes qui précèdent.

Mas. Sabinus.	Gaius.
Furti tenetur	Furtum... fit — non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet — sed generaliter cum quis rem alienam
qui alienam rem adtrectavit, — cum id se invito domino facere iudicare deberet.	invito domino contrectat.

Les principales différences portent :

1° Sur l'addition chez Gaius des mots « non solum cum... amovet, sed generaliter » : ils constituent le raccord dont nous venons de parler.

2° Sur la substitution (sans grande portée) du verbe *contrectare* au verbe *adtrectare*[2].

3° Sur la substitution, à la formule développée et de portée subjective *cum id se invito domino facere iudicare deberet*, de la formule abrégée et de portée objective[3] *invito domino*. Les deux formules ne sont pas équivalentes[4]. Sabinus, qui avait pesé tous les mots de la première, ne peut être l'auteur de la seconde, beaucoup moins

[1] *Supra*, pp. 682-683.
[2] *Supra*, p. 684.
[3] *Infra*, p. 787.
[4] *Supra*, pp. 704-705.

nuancée. Bien plus, cette seconde formule semble n'avoir vu le jour qu'après Sabinus. Proculus emploie encore la première[1], et la seconde apparaît seulement chez Neratius[2].

Ces considérations nous amènent à penser que notre § 195, dans sa forme actuelle, ne provient pas directement de Sabinus. L'archétype a été modifié ici par l'auteur de la première version des Institutes[3]

[1] Voy. Proculus, cité par Pomponius (*l. XXII ad Sabinum. Dig.*, 12, 1, fr. 15 *Supra*, p. 581) : ut sciret se invito domino uti... Les expressions analogues qu'on trouve chez Ulpien (*l. XLII ad Sabinum. Dig.*, 47, 2, fr. 46, 7 et 8 : quod invito domino se facere scivit...; si ego me invito domino facere putarem... *Supra*, p. 709) doivent provenir de Sabinus. Voy. aussi *infra*, p. 785, nn. 1 et 2.

[2] Neratius cité par Ulpien (*l. XLI ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 48, 4 (*Supra*, p. 5[illegible]) : et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit.

[3] La formule sabinienne modifiée, telle que l'admettent les classiques, est donc ainsi conçue : Furti tenetur qui alienam rem invito domino contrectavit. Il n'entre pas dans notre plan d'examiner les destinées ultérieures de cette formule. Il faut seulement indiquer que la célèbre définition de Paul (*l. XXXIX ad edictum. Dig.*, 47, 2, fr. 1, 3 : Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere) doit être interpolée. La principale raison à invoquer se tire de ce fait que les auteurs qui ont écrit après Paul, et Paul lui-même dans plusieurs de ses ouvrages, ignorent cette définition (Hitzig, V° *Furtum*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, VII, c. 387), et s'en tiennent plus ou moins étroitement à la formule sabinienne. On sait que les *Libri ad edictum* de Paul sont antérieurs à l'année 195 (Fitting, *Alter und Folge* [2], pp. 84-85 ; Krueger, *Quellen* [2], p. 230, 29). Or Ulpien, dans ses *Libri ad Sabinum* (publiés, au moins jusqu'au livre XLIII, entre 211 et 217 : Fitting, p. 112; Krueger, p. 245) reproduit la formule de Sabinus (*supra*, pp. 782, n. 4, et 783, n. 1. *Adde Dig.*, 47, 2, fr. 48, 4). De même Tryphoninus (*l. I Disput. Dig.*, 50, 16, fr. 225 : qui alienam rem invito domino subtraxerit; *l. XV Disput. Dig.*, 13, 1, fr. 20 : qui invito domino rem contrectaverit), dans ses *Disputationes*, publiées, au moins jusqu'au livre X, sous Caracalla et Géta (211-212). De même enfin Paul, qui énonce, dans ses *Sentences* (II, 31, 1), datant au plus tôt de l'année 206 (Fitting, p. 95; Krueger, p. 237, n. 113), la définition suivante : Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat. Cette définition, bien que différant un peu de la formule sabinienne (= 1° elle traite du *fur*, non du *furtum;* 2° elle substitue aux mots *invito domino* les mots *dolo malo*. Voy. Schirmer, *Zur Lehre vom furtum. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, R. A., V (1884), p. 208), s'en rapproche néanmoins beaucoup plus que de la définition placée au Digeste sous le nom du même auteur (voy. aussi Paul, *l. IX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 40. Mais nous ignorons si les *Libri ad Sabinum* sont postérieurs aux *Libri ad edictum*. Fitting, p. 87). — Remarquons d'ailleurs que Justinien a inséré dans ses *Institutes* la définition *Furtum est contrectatio rei fraudulosa... prohibitum est admittere* (IV, 1, 1) : s'il a ainsi modifié le texte de Gaius, cela ne porte-t-il pas à supposer qu'il a pu traiter de même le texte placé au début du titre *De furtis* dans le Digeste? — Notons que Mr Pampaloni a déjà soutenu avec beaucoup de force (*Furto di possesso e furto di uso*, p. 188) l'interpolation des mots *vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*. La proposition *quod lege naturali prohibitum est admittere* sent aussi la phraséologie byzantine.

17

A partir du § 196, notre travail d'analyse devient extrêmement incertain. Les points de repère que nous avaient fournis jusqu'à présent la comparaison du *De furtis*, et la mise en œuvre par les Institutes de certaines méthodes caractéristiques, nous manquent au moment même où nous en aurions le plus besoin. L'influence de Sabinus a déterminé en effet une transformation profonde dans la théorie du *furtum*. Aussi, à partir de l'endroit où cette influence n'est plus contrebalancée par l'existence de préceptes de droit positif, elle déborde tout, et il devient plus hasardeux de discerner ce qui appartient à l'archétype de ce qui appartient aux versions postérieures. C'est pourquoi notre analyse des §§ 196-208 pourra être écourtée.

Il y a deux parties dans tout cet ensemble. Les §§ 196-202 s'occupent de la notion du *furtum*. Les §§ 203-208 s'occupent de la légitimation de l'action *furti*.

La composition des §§ 196-202 doit remonter à l'archétype. Elle est commandée tout entière, en effet, par la formule sabinienne du § 195 (Furtum fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat). Les §§ 196-202 s'ordonnent sous forme de commentaire de cette formule ; ils la suivent point par point. Aux mots *Furtum fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet* se rattache le développement sur le *furtum usus* (§§ 196-197). Aux mots *invito domino* se rattachent les observations des §§ 197-198. Aux mots *rem alienam* se rattachent les développements des §§ 199 (: les personnes libres *in potestate* sont-elles des *res alienae?*), 200 (: *furtum* portant, non sur une *res aliena*, mais sur une *res sua*), et 201 (: usucapion sans *furtum* de certaines *res alienae*). Enfin, aux mots *cum quis... contrectat* se rattachent les explications du § 202 sur le vol imputé à des complices, c'est-à-dire à des personnes qui n'ont pas personnellement commis l'acte délictueux.

Cherchons à voir si, dans cet ensemble, on ne peut pas identifier quelques morceaux que n'avait pas prévus l'auteur du plan primitif.

18

Pour les §§ 196-198, nous aboutissons encore à des conclusions plausibles. Attachons-nous d'abord aux §§ 196-197.

196. Itaque si quis re[1] quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit ; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset.

197. Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum : at si permissurum credant, extra furti crimen videri ; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.

On discerne aisément dans ce passage trois morceaux d'origines différentes :

1° Le paragraphe 196 tout entier *(Itaque si quis... in aciem perduxisset)* reproduit la doctrine des *veteres* sur le *furtum usus*. Comme la *regula* de Q. Mucius que nous connaissons[2], il prévoit les deux cas d'abus de confiance commis par un dépositaire, et d'abus de confiance commis par un commodataire. Mais il emploie une terminologie assez différente, et visiblement rajeunie[3]. Ainsi, là où Q. Mucius parlait de *quod servandum datum est*, Gaius parle de *res deposita*. Notre paragraphe semble même comprendre un résidu d'amputations opérées peu adroitement sur un texte plus lâche.

[1] Le manuscrit de Vérone porte *si quis rem... utatur*. Ce serait, d'après M. Kniep (*Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 102), non pas un lapsus de copiste, mais une construction archaïque, la même qu'on retrouve dans *utendam rem acciperet*. Remarquons toutefois qu'on trouve dans la prose classique plusieurs adjectifs verbaux en *—ndus* tirés de verbes qui, chez les prosateurs classiques, ne s'emploient point comme transitifs. Ex. : *gloriandus, laetandus, potiendus, fruendus* etc. Riemann-Ernout, *Syntaxe latine*, p. 561.

[2] Gell., *N. A.*, VI (VII), 15, 2. *Supra*, p. 529.

[3] Peut être même moins correcte. Remarquons l'emploi de *apud eum* là où l'on attendrait *apud se*. Cependant, pour MM. Krueger, Mommsen, *Hermanns Schriften*, II, p. 34, A. 18 et Kniep (*Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 50), nous avons là une forme grecque qui trahirait les origines de l'auteur.

Ainsi, après *ad alium usum*, le terme de comparaison manque (Q. Mucius disait : *ad aliam rem atque accepit)*[1]. Il en est de même après *longius*[2]. La proposition *qui in aciem perduxisset* n'a pas de régime[3]. Nous savons enfin que les mots *in aciem* sont peut-être un lapsus pour *usque Ariciam*[4]. Notre paragraphe se présente donc comme un résumé médiocre de la jurisprudence des *veteres*. Ce résumé ne provient pas de Labéon, qui a marqué à cet égard, nous le savons[5], des préoccupations assez différentes. Il relate, nous allons le voir, une doctrine présabinienne. Il était incorporé sans doute à l'archétype de Gaius.

2° Le paragraphe 197 est consacré en grande partie à une critique limitative de la doctrine des *veteres* sur le *furtum usus (Placuit... extra furti crimen videri)*. Les *veteres* n'exigeaient aucune condition subjective pour l'existence du *furtum usus*. Le seul fait d'user de la chose contrairement à la convention suffisait. Mais la définition sabinienne du *furtum* a réagi sur cette conception grossière. De là la restriction amorcée par les mots *Placuit tamen*, restriction qui s'inspire si visiblement de la formule sabinienne qu'elle en reproduit exactement les termes[6]. Cette restriction a été recueillie par l'auteur de l'archétype[7].

[1] Les *Institutes* de Justinien ajoutent ici le terme de comparaison qui manque (IV, 1, 6) : in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est... De même *Epitome Gai*, II, 10, 4 : et ea aliter usus fuerit quam accepit... Cf. déjà Julien, *l. XI Digest.*, cité par Ulpien, *l. XXVIII ad edictum. Dig.*, 13, 6, fr. 5, 2 : qui equo... vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.

[2] Cf. Labéon (Gell., *N. A.*, VI (VII), 15, 1) : longius... quam in quem locum petierat. *Epitome Gai*, II, 10, 5.

[3] Les *Institutes* de Justinien, *l° c°*, ont rétabli ce régime *(equum)*. Voy. la comparaison des deux textes dans Zocco-Rosa, *Institutionum Paling.*, II, p. 260.

[4] *Supra*, pp. 333-334.

[5] *Supra*, p. 333.

[6] Le § 197 suit même la formule sabinienne de plus près que le § 195. Le § 197 dit en effet *si intellegant id se invito domino facere*. Le § 195 dit *cum quis rem alienam invito domino contrectat*. L'emploi du mot *crimen* pour désigner le délit privé de *furtum* nous fait aussi penser à Sabinus *(supra*, p. 436). Peut-être les mots *eumque, si intellexisset, non permissurum* n'appartiennent-ils pas au même auteur que le reste de la phrase : car le verbe *intellegere* s'y trouve pris dans un sens différent de celui qu'il affecte une demi-ligne auparavant.

[7] La même restriction a été insérée dans plusieurs autres textes. Voy. notamment : 1° Un passage de Paul, extrait, remarquons-le, de son livre *IX ad Sabinum (Dig.*, 47, 2, fr. 40 : Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit); 2° Un passage de Pomponius, dans lequel

3° La dernière phrase *(Optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur)* appartient en propre à l'auteur de la première version des Institutes. Cet auteur donne son adhésion à la *distinctio* sabinienne, en la justifiant d'ailleurs par un raisonnement étranger à Sabinus (= *quod furtum sine dolo malo non committitur)*. Nous savons déjà que Sabinus ne formulait pas l'exigence du *dolus malus* comme condition générale d'existence du *furtum*[1].

19

Le § 198 traite d'une difficulté particulière soulevée par l'application de la formule sabinienne subordonnant l'existence du *furtum* à la conscience qu'a le *contrectans* d'agir *invito domino*.

Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare[2], domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum et probatum est : cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, et servus id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro ? responsum neutro eum teneri, furti ideo, quod non invito me res contrectaverit, servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non sit.

l'insertion est d'autant plus flagrante qu'elle est faite sur la vieille formule de Q. Mucius, dont la teneur originaire est attestée par Gell., *N. A.*, VI (VII), 15, 2 (Pompon., *l. XXXVIII ad Q. Mucium. Dig.*, 47, 2, fr. 77, pr. : Qui res sibi commodata [vel apud se deposita] usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. Comme l'a vu Mr de Ruggiero, les mots *vel apud se deposita* sont ici interpolés).

[1] *Supra*, p. 702, cf. p. 563. Il y a même lieu de se demander si l'on a jamais formulé, avant le Bas Empire (cf. *Cod. Iust.*, 6, 2, fr. 20, 1), une règle subordonnant au *dolus malus* l'existence du *furtum*. Nous nous sommes expliqués déjà sur le fr. 51, pr. *Dig.*, 17, 2. Quant à la définition de l'Ant. (*Sent.*, 2, 31, 1 : *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*), elle pourrait être interpolée (par les commissaires d'Alaric ?), car la *Collatio mosaïc. et rom. legum* (7, 5, 1) reproduit le même passage dans les termes suivants : *Fur est qui rem alienam contrectat*, sans mentionner l'exigence du *dolus malus*. D'autres témoignages exigent, non le *dolus malus*, mais l'*adfectus furandi*, qui n'est pas équivalent (Gaius, *Inst.*, II, 50 ; III, 208 ; IV, 178). Voy. aussi, dans le même sens, Knieb, *Gai institutionum commentarius secundus*, §§ 1 *m.*, p. 180.

[2] *Inst. Iust.*, 4, 1, 8 : .. se rem commodatam sibi contrectare. Voy. Zanon Rosa, *Inst. Paling.*, II, pp. 261-262.

La formule sabinienne, dans sa forme originaire, ne se préoccupait que de la croyance du *contrectans*. Cette croyance, même si elle n'était pas conforme à la réalité, fondait ou excluait l'idée de *furtum*. Et, par suite, le *furtum* existait dès que le *contrectans* croyait agir *invito domino*, même s'il se trompait[1]. Pomponius[2], au dire d'Ulpien (*l. XLII ad Sabinum*), poussait jusqu'à cette conclusion la logique du système. Il admettait le *furtum* en termes catégoriques, qui excluent l'idée d'une question controversée :

Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. Et ait Pomponius furtum me facere[3].

Mais cette opinion rigoureuse avait trouvé des adversaires. Ceux-ci avaient pu commencer à réagir depuis que la formule sabinienne avait pris une portée objective par la substitution définitive de l'expression abrégée *invito domino* à l'expression développée *cum id se invito domino facere iudicare deberet*. Aussi Ulpien, après avoir relaté la décision de Pomponius, poursuivait-il :

Verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus[4].

D'autres, avant Ulpien, avaient déjà repoussé la décision de Pomponius, puisque notre paragraphe 198 affirme : *dicitur furtum non fieri*.

En somme, la phrase *Sed et si credat... furtum non fieri* rapporte un système qui a modifié la pure doctrine sabinienne, et qui n'a triomphé qu'après le temps où Pomponius écrivait ses *Libri ad Sabinum*[5], c'est-à-dire vers la fin du règne d'Hadrien ou sous le

[1] *Supra*, p. 709.

[2] Sans doute dans ses *Libri ad Sabinum*. Lenel, *Paling.*, II, c. 127, n° 673.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 8, *in fine*. Lenel, *Paling.*, II, c. 1169, n° 2879. Voy. Ferrini, *Diritto penale*, pp. 182-184.

[4] Sur la forme de ce passage, voy. *supra*, p. 709, n. 5.

[5] Pomponius a écrit ses *Libri ad Sabinum* après que Julien eût rédigé l'*Edit perpétuel*, mais avant qu'il eût publié ses *Digesta* (Fitting, *Alter und Folge*², pp. 35-36; Girard, *la Date de l'Edit de Julien*. *Nlle Rev. Hist.*, XXXIV (1910), p. 13, et *Mélanges de droit romain*, I, p. 222; Ch. Appleton, *la Date des Digesta de Julien*. *Nlle Rev. Hist.*, XXIV (1910), p. 732, 2). La rédaction de l'Edit peut se placer au plus tôt en 130 (P. Krueger, *Quellen*², p. 94, 9), et la publication des *Digesta* au plus tôt au début du règne d'Antonin le Pieux (138) (Appleton, *l° c°*, pp. 771 et sqq.; Krueger, *Quellen*², p. 185, 45). Pomponius aurait donc écrit ses *Libri ad Sabinum* approximativement entre 130 et 140. Les *Institutes* de Gaius (au moins à partir de II, 195) datent du règne de Marc-Aurèle et Lucius Verus (Fitting, *Alter und Folge*², pp. 56-57.

règne d'Antonin le Pieux. Elle se rattache donc probablement à la deuxième version des Institutes.

Ce qui suit *(Unde illud quaesitum... factus non sit)* doit avoir la même origine. Sabinus aurait certainement refusé de donner l'action *servi corrupti* contre le *sollicitator*[1]. Mais il aurait non moins certainement donné contre lui l'action *furti*, du moment que la soustraction avait eu effectivement lieu[2]. Le système récent suivi par Gaius introduit dans la répression une lacune, qui a subsisté jusqu'au temps de Justinien. Cet empereur a accordé contre le *sollicitator* les deux actions que refusait Gaius[3]. Le témoignage de Justinien établit d'ailleurs, à l'encontre de celui de Gaius, que l'ancienne doctrine sabinienne n'a jamais été abandonnée, et a toujours conservé des partisans[4].

20

Le § 199 traite du vol portant sur des personnes libres, mais placées, en droit ou en fait, sur la puissance d'autrui[5].

Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.

Ce paragraphe énumère, à titre d'exemples de *furtum liberorum hominum*, la soustraction d'un enfant en puissance, d'une femme *in manu*, d'un *iudicatus* et d'un *auctoratus*. En la forme, ce paragraphe se présente comme une exception au principe posé par Sabinus (*Furtum est contrectatio rei alienae...*). Aussi le texte débute-t-il par *Interdum autem etiam...* Au fond, l'extension du *furtum* à des personnes qui ne sont pas objets de propriété, qui ne sont pas même toutes objets d'une *potestas* juridique, doit être

[1] *Supra*, p. 507.

[2] Cf. *supra*, p. 691.

[3] *Cod. Iust.*, 6, 2, const. 20 pr. et 1 (a. 530); *Inst. Iust.*, 4, 1, 8. Long développement dans la *Paraphrase* de Théophile, 4, 1, § 1-4. Ferrini, pp. 386-388.

[4] Justinien supprime les mots *et probatum* qui figurent chez Gaius. Il évoque ces hésitations et les discussions des anciens jurisconsultes (*super hac dubitatione...*; *antiquorum prudentium... alterationes*. De même au *Digeste*, 1, 6, 2 : *veteres dubitaverunt...*; *eorum alterationes*...). Justinien appelle ces *veteres* et *antiqui prudentes* des auteurs qui ont vécu au IIe siècle après J.-Christ.

[5] *Supra*, pp. 107 et 218.

fort ancienne. Elle se justifie mal à une époque où la propriété et les diverses *potestates* sont nettement séparées : et elles le sont certainement au premier siècle de l'Empire. Cela revient à dire que la théorie du *furtum liberorum hominum* doit remonter aux *veteres*. Notre paragraphe 199 doit se rattacher plus ou moins étroitement à l'archétype de Gaius.

Au Bas-Empire, avec la décadence de la *manus*, la disparition des prisons privées et des jeux de gladiateurs[1], la théorie du *furtum liberorum hominum* a perdu une bonne part de son intérêt. Justinien, en transcrivant dans ses Institutes le paragraphe 199, biffe toute mention de la femme *in manu*, du *iudicatus* et de l'*auctoratus :*

Interdum etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit[2].

Il est probable que les compilateurs ont infligé même traitement aux textes du Digeste. Nous en possédons deux sur la matière, tous deux tirés de *Libri ad Sabinum*, ce qui prouve que Sabinus avait étudié le *furtum liberorum hominum*, et tous deux écourtés, et ne touchant qu'à la soustraction d'un enfant en puissance.

Ulpien *(l. XXIX ad Sabinum):*

Si filiusfamilias subreptus sit, patrem habere furti actionem palam est[3].

Paul *(l. IX ad Sabinum):*

Mater filii subrepti furti actionem non habet. Liberarum personarum nomine, licet furti actio sit, condictio tamen nusquam est[4].

L'expression compréhensive *(liberarum personarum)* employée *ex abrupto* par Paul dans cette dernière phrase confirme notre conjecture. Evidemment les développements de Paul ne se consacraient pas exclusivement, en leur forme originaire, au cas d'un *filius subreptus*. Les amputations subies par nos pièces de comparaison nous empêchent de connaître la doctrine propre à Sabinus, et de discerner si la doctrine ancienne avait été plus ou moins profondé-

[1] Girard, *Manuel*[5], pp. 129, 7 ; 138, 8.

[2] *Inst. Iust.*, 4, 1, 9. Theoph., *Paraphr.*, 4, 1, 9. Ed. Ferrini, p. 388.

[3] *Dig.*, 47, 2, fr. 14, 13. Lenel, *Paling.*, II, c. 1126, n° 2734. Y a-t-il dans ce fragment un *Sabinianum ?*

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 38, pr. Lenel, *Paling.*, I, c. 1278, n° 1797.

ment remaniée sous son influence. Toutefois il y a des chances pour que notre paragraphe ne procède pas d'une source unique. Un indice matériel y décèle l'intervention de deux mains différentes. C'est le passage brusque de la première personne du pluriel (= *liberorum nostrorum...; in potestate nostra...; in manu nostra)* à la première personne du singulier (= *iudicatus vel auctoratus meus)*. La mention du *iudicatus* et de l'*auctoratus* aurait-elle été surajoutée dans un texte qui ne mentionnait que les enfants en puissance et la femme *in manu ?*

Concluons. Le § 199 provient dans l'ensemble de l'archétype. Mais a-t-il subi quelques remaniements? Nous l'ignorons.

21

Le § 200 s'applique à commenter les mots *res aliena* dans la formule de Sabinus. Il est ainsi conçu :

Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subripuerim. Unde placuit eum, qui servum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reversum celaverit, furtum committere.

Le membre de phrase qui s'exprime à la troisième personne (= *si debitor... subtraxerit)* se sépare naturellement du membre de phrase qui s'exprime à la première personne (= *vel si... rem meam... subripuerim)*. Peut-être en effet remontent-ils à des sources différentes. Les *veteres* avaient pu traiter du vol commis par un débiteur gagiste qui enlevait à son créancier un *pignus datum*, c'est-à-dire un gage constitué avec transfert de propriété. C'était un vrai *furtum rei*, puisque c'était un *non dominus* (= débiteur gagiste) qui le commettait aux dépens d'un *dominus* (= créancier gagiste, devenu propriétaire du *pignus* par la *datio*). Nous avons rencontré un témoignage qui nous montre cette application du *furtum* fonctionnant dès avant Labéon[1]. — Mais chez

[1] *Dig.*, 13, 7, fr. 3. Dans ce fragment, Labéon donne l'action *furti* à un débiteur gagiste qui a restitué volontairement le *pignus*, et se l'est laissé escamoter immédiatement sans avoir été payé. Mais le jurisconsulte ne justifie cette décision que par une fiction. Tout se passe, affirme le texte, comme si la restitution n'avait pas eu lieu. Donc la soustraction d'un *pignus datum nec redditum* est certainement sanctionnée par l'action *furti*.

Gaius, les mots n'ont plus le même sens, et la doctrine a changé. Le *furtum pignoris* est devenu un *furtum suae rei*, donc un *furtum possessionis*. C'est Sabinus qui a admis le premier (au fond, sinon en la forme) la règle *Furtum possessionis fit ;* et nous savons aussi que c'est lui qui a transformé la notion du *furtum pignoris*[1]. Le membre de phrase *si debitor... subtraxerit*, même s'il provient des *veteres*, a pu être inséré ici, avec une signification nouvelle, à partir de l'époque de Sabinus.

A fortiori en est-il de même pour le deuxième membre de phrase *(si bonae fidei... subripuerim)*. Ici on n'a pu avoir en vue, dès l'origine, qu'un *furtum possessionis ;* la doctrine correspondante remonte au plus tôt au temps de Sabinus[2]. Les *veteres* l'ignoraient[3]. Quant à la phrase finale *(Unde placuit... committere)*, qui rapporte une application spéciale de cette doctrine, sa source ne peut pas être non plus antérieure à Sabinus. L'ensemble du paragraphe doit avoir été composé, avec des matériaux disparates, par l'auteur de l'archétype.

Notre paragraphe soulève encore d'autres difficultés.

Gaius ne parle du *bonae fidei possessor* qu'à propos du *furtum suae rei*. Les prudents dont les témoignages figurent au Digeste en parlent en termes plus généraux : car ils donnent au *bonae fidei possessor* l'action *furti* contre tout homme *(dominus* ou non) qui a soustrait ce qu'il possède[4]. Les formules compréhensives qu'ils emploient visent aussi bien un tiers que le *dominus*. Pourquoi cette différence entre le témoignage de Gaius et les témoignages transmis par le Digeste ? — Autre énigme, connexe de la précédente : comment justifier le traitement que Justinien a fait subir, dans ses Institutes, au passage de Gaius que nous étudions? Car Justinien,

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 19, 5. *Supra*, pp. 559, 3 et 560.

[2] Elle est mentionnée par Paul dans ses *Libri ad Sabinum* (livre IX) *(Dig.*, 47, 2, fr. 20, 1). Toutefois nous ne savons pas si ce passage renferme un noyau de *Sabiniana*.

[3] De là l'explication d'un passage de Paul qu'on entend mal d'habitude *(Sent.*, 2, 31, 21 : Si rem, quam tibi commendavi, postea subripui, furti actio competere tibi non poterit; rei enim nostrae furtum facere non possumus. Cf. 2, 31, 19 : Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit : quam si et ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest). Le contraste de ces deux décisions s'explique en se plaçant au point de vue des prédécesseurs de Sabinus. Le *commendatum* n'implique pas transfert de propriété ; le *pignus datum* implique transfert de propriété.

[4] *Dig.*, 47, 2, fr. 12, 1 ; fr. 52, 10; fr. 75 (74); — 47, 8, fr. 2, 22.

en reproduisant le début du § 200 de Gaius, n'a pas reproduit ce qui concerne le *furtum suae rei* commis aux dépens du *bonae fidei possessor*. Il s'est borné à dire (*Inst.*, 4, 1, 10) :

Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

En revanche, il a inséré plus loin, *ex abrupto*, dans un développement que Gaius consacrait au *fullo* et au *sarcinator*, un précepte relatif au *bonae fidei possessor*, conçu en termes très larges, et sans attaches avec la théorie du *furtum suae rei* :

Sed et bonae fidei emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum creditori[1].

On sent bien que cette volte-face de Justinien n'est pas fortuite, et qu'il y a là-dessous certaines idées directrices, malheureusement difficiles à déterminer. Nous croyons, pour nous, que l'hypothèse suivante est la plus satisfaisante : Justinien, ayant supprimé la propriété bonitaire, désormais fondue avec la propriété quiritaire, a voulu en même temps donner à la possession de bonne foi acquise *a non domino* certaines garanties[2] qui n'appartenaient originairement qu'à la propriété bonitaire, et notamment l'action *furti*.

Si cette hypothèse est exacte, les textes les plus anciens sur la matière, et, notamment, le texte de Gaius, ne visaient, sous le nom de *bonae fidei possessor*, que le propriétaire bonitaire. Cette terminologie n'avait rien de surprenant, puisque c'était celle-là même qu'employait la formule de l'action publicienne[3]. Peut-être subsiste-

[1] *Inst. Iust.*, IV, 1, 15. Ferrini tenait ce passage pour un glossème (Ferrini, *Bull. dell' Istituto*, XIII, p. 387). M. Zocco-Rosa, *Institutionum Palingenesis*, II, p. 966, se demande s'il n'est pas interpolé.

[2] On conçoit que nous ne puissions généraliser ici une hypothèse qui n'est peut-être pas généralisable, et dont, en tout cas, la démonstration demanderait une longue et minutieuse analyse de textes.

[3] Lenel, *Edit*, I, p. 192 ; *Edictum*², p. 166 : Si quem hominem A° A° bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset... Cette formule peut parfaitement être employée par le propriétaire bonitaire (Lenel, *Nachträge zum Edictum perpetuum*, *Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XX (1899), R. A., pp. 28 31). L'expression *bona fide* n'a probablement pas toujours eu, dans cette formule, l'acception technique qu'on lui a donnée au Bas-Empire. Elle a plutôt une acception objective (comme dans la théorie du *bona fide serviens*. *Supra*, pp. 641 et 672), et elle a signifie : *régulièrement*, *dans des conditions normales*. Contra Lenel, *Nachträge*, [illegible], p. 29, 2.

t-il d'ailleurs un autre témoignage[1] à rapprocher en ce sens de celui de Gaius. Paul dit en en effet (dans son livre IX *ad Sabinum)* :

Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripuero, vel etiam tuus usus fructus sit et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum[2].

Ce fragment repose sur la tradition sabinienne. Et la tradition sabinienne ne devait entendre les mots *si bona fide rem meam emeris* que d'une acquisition *a domino*. Voici pourquoi : 1° Le fragment rapproche l'un de l'autre le *furtum* commis par un *dominus* aux dépens d'un *bonae fidei possessor*, et le *furtum* commis par un nu-propriétaire aux dépens de l'usufruitier. Ce rapprochement ne se conçoit que si les deux situations sont comparables. Or l'usufruitier a sur la chose un droit très fort, un droit réel. Si le *bonae fidei possessor* était un acquéreur *a non domino*, n'y aurait-il pas disproportion entre sa fragile situation de fait, et le droit réel de l'usufruitier? 2° Faisons bien attention à la façon dont Paul s'exprime. Il ne spécifie point qu'il traite d'une acquisition *a non domino*. On doit donc entendre, à défaut d'indication contraire expresse, qu'il songe au cas normal, celui d'une acquisition *a domino*.

Mais, si ce fragment s'appliquait originairement au propriétaire bonitaire, Justinien, lui, l'entendait autrement, et l'appliquait certainement à l'acquéreur de bonne foi *a non domino*. Si le fragment avait résisté à cette interprétation, il l'eût interpolé[3].

Notre conjecture sur la portée première du fr. 20, 1 (*Dig.*, 47, 2) se confirme par une autre observation. Les textes qui, en parlant de *possessio bonae fidei*, songent à une possession acquise *a non domino*, ne manquent pas de préciser leur pensée sur ce point. Citons en ce sens un autre témoignage du même Paul *(l. XXXIX ad edictum)* :

[1] Voy. aussi l'énigmatique fr. 14, 11 (*Dig.*, 1, 7), que M. Ch. Appleton veut bien nous signaler : Bonae fidei possessor est et dominium habet qui auctore iudice comparavit. Mais ce texte est-il pur? M. Gradenwitz, suivi par M. P. Krueger, a admis que *iudex* est mis ici pour *praetor*. Dans le fragment géminé (*Dig.*, 50, 17, fr. 137), les mots *et dominium habet* manquent. Laquelle des deux versions reproduit l'original d'Ulpien?

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 20, 1. Lenel, *Paling.*, I, c. 1277, n° 1788.

[3] Peut-être l'a-t-il effectivement interpolé, si le fragment spécifiait que la chose avait été acquise *du dominus* = (*Si bona fide rem meam* <a *me*> *emeris*...)

Si ex donatione alterius rem meam teneas et eam subripiam, ita demum furti te agere mecum posse Iulianus ait, si intersit tua retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti, vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis[1].

Ce texte est, à notre connaissance, le seul qui s'applique sûrement et exclusivement à un *furtum suae rei* commis aux dépens d'un acquéreur de bonne foi *a non domino*. Or on remarquera combien il s'écarte du principe posé par Gaius. Loin d'admettre l'action *furti* sans distinction ni réserve, il exige, pour que le *dominus* commette un *furtum*, que le possesseur de bonne foi ait à lui opposer un droit de rétention[2]. C'est Julien qui a inauguré ce système, dit notre texte. Or on ne peut guère penser qu'avant lui l'acquéreur *a non domino* eût l'action *furti* contre le *dominus*, indépendamment de tout droit de rétention. On doit donc admettre qu'il n'avait jamais cette action *furti*[3]. L'innovation de Julien pourrait avoir été inspirée, par analogie, de la règle admise jusque-là pour le seul propriétaire bonitaire : car le propriétaire bonitaire a, contre le *dominus*, un droit de rétention, sanctionné par l'exception *rei venditae et traditae*.

Il serait inadmissible que ce système de Julien ne fût pas mentionné par Gaius si celui-ci avait en vue, comme Julien, l'acqué-

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 54 (53), 4. Lenel, *Paling.*, I, c. 1046, n° 564.

[2] Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III [7], pp. 572-573. Pompeiani, *Furto di possesso e furto di uso* (*Studi sopra il delitto di furto*, I, pp. 115-195), p. 117. Cf. Paul, *Sent.*, II, 31, 36 : Qui rem suam furatur, ita demum furti actione non tenetur, si alteri ex hoc non noceatur.

[3] Cf. Schulz, *Aktivlegitimation*, pp. 94-95 ; Ferrini, *Diritto penale romano* (*Teorie generali*), p. 161. L'évolution que nous admettons s'autorise de l'ex. Iulian. analogue qui s'est réalisée dans les rapports du commodant et du commodataire. Celui-ci n'a pas eu d'action *furti* contre le commodant qui lui avait soustrait la chose prêtée (cf., pour le cas de *rapina*, Ulpien, *Dig.*, 47, 8, fr. 2, 18), jusqu'au jour où Julien la lui a donnée pour sanctionner son droit de rétention. Julian., *l. III ex Minicio Dig.*, 47, 2, fr. 60 : Si is, qui rem commodasset, eam rem ipsi illi abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset. Hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit. Visiblement la phrase *si is... liberatus esset* provient de Minicius, et le développement *Hoc tamen... erat habuit*, de Julien. Lenel, Bonfante, *Studi critici sulle fonti del diritto romano* (*Bull. dell'Istit. di diritto romano*, VII, 1894, pp. 225-268), p. 254. Cf. *ibid.*, VIII, 1895, pp. 233-234. Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 93. Sur la composition des *Libri ex Minicio*, voy. Kaufmann, *Quellen*, I, pp. 178-179.

reur de bonne foi *a non domino*[1]. Mais tout s'explique si l'on admet que Gaius reproduit purement et simplement un modèle antérieur à Julien, qui n'avait en vue que le propriétaire bonitaire.

Quant aux textes du Digeste, également postérieurs à Julien, qui commettent la même omission, ils sont sans doute interpolés[2]. Justinien, ayant voulu donner très généralement l'action *furti* à l'acquéreur de bonne foi *a non domino*, a supprimé dans ces textes la restriction que l'influence de Julien y avait fait insérer. Si le maintien de cette restriction dans le fr. 54, 4 (*Dig.*, 47, 2) n'est pas dû tout simplement à une inadvertance, il s'explique par le désir de conserver au *dominus* une situation meilleure que celle des tiers à l'encontre de l'acquéreur *a non domino*[3].

En résumé, la source du § 200 de Gaius est antérieure à l'époque de Julien. Elle se rattache à l'archétype.

22

Le paragraphe 201 traite des cas exceptionnels dans lesquels on peut s'emparer de *res alienae* et les usucaper sans qu'il y ait *furtum :*

Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet ; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. Item debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea, quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

Les Institutes poursuivent leur commentaire de la règle sabinienne d'après laquelle la *contrectatio invito domino* d'une *res aliena* constitue un *furtum*. Les deux anciennes[4] institutions

[1] Mr Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 94, est obligé d'imputer à Gaius une inexactitude.

[2] Ce sont les textes cités plus haut (p. 792, n. 4).

[3] En ce sens, Schulz, *Aktivlegitimation*, p. 98.

[4] L'*usucapio pro herede* est certainement ancienne. Gaius, II, 55 : Voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent. On admet communément que l'*usureceptio fiduciae* est aussi ancienne. (Voy. p. ex. Girard, *Manuel*[6], p. 305, 2 : ... les anciennes institutions de l'usucapion *pro herede* et de l'*usureceptio fiduciae*.)

connues sous le nom d'*usucapio pro herede* et d'*usureceptio fiduciae* rentrent strictement dans les prévisions de cette règle. Et pourtant ce ne sont pas des *furta*. Notre paragraphe enregistre purement et simplement ces dérogations au précepte précédemment posé, selon les traditions de la discipline anomaliste.

Ce paragraphe remonte-t-il à l'archétype ou à l'une des rédactions postérieures des Institutes? Nous croyons qu'il remonte à la première version. Certains indices nous amènent en effet à y relever l'influence de Julien[1], et d'autres indices nous amènent à le situer néanmoins avant l'époque de Gaius.

Que le paragraphe n'ait pu être écrit qu'après Sabinus, c'est ce qui résulte, non seulement de sa place dans un commentaire d'une règle formulée par Sabinus, mais encore de l'allusion au principe *Furtum possessionis fit* qu'on y relève. Mais l'application de ce principe au vol de choses héréditaires a-t-elle été faite par Sabinus lui-même ou ses successeurs immédiats? C'est peu probable[2]. Non que nous attachions grand poids à l'attitude de Neratius, qui admet encore, sous certaines réserves, le *furtum rerum hereditariarum*[3]: car Neratius est un Proculien, et sa résistance à une théorie sabinienne pourrait s'expliquer par un parti pris d'école. Mais nous sommes frappés, par contre, de ce que les textes du Digeste placent l'exclusion du *furtum rerum hereditariarum* sous l'autorité de Julien[4]. C'est Julien qui aurait proposé cette exclusion, qu'aurait définitivement consacrée Scaevola[5]. Nous sommes frappés, en

[1] Peut-être aussi certaines influences proculiennes? Notre passage emploie en effet les mots *res hereditariae*. On sait qu'originairement on usucapait *pro herede* l'*hereditas*, et non les *res hereditariae* (Gaius, II, 54). L'idée nouvelle est due aux Proculiens, peut-être à Labéon. En ce sens Bremer, II, 1, pp. 15-16 (qui pourtant attribue illogiquement (I, p. 90, n° 3) à Q. Mucius la paternité du développement *Interdum alienas... heres extet* dans notre paragraphe).

[2] Voy. *supra*, pp. 32-324.

[3] Paul., *l. I ad Neratium*. *Dig.*, 47, 19, fr. 6. Lenel, *Paling.*, I, c. 796, n° 87, c. 1140, n° 1050.

[4] Julian., *l. XXII Digestorum*. *Dig.*, 9, 4, fr. 40. Lenel, *Paling.*, I, c. 378, n° 345. Marcellus, *l. VIII Digestorum*. *Dig.*, 47, 2, 69 (68). Lenel, *Paling.*, I, c. 997, n° 1[illegible]. c. 377, n° 345 : Hereditariae rei furtum fieri Iulianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat.

[5] Ulpian., *l. XXXVIII ad edictum*. *Dig.*, 47, 4, fr. 1, § 6. Lenel, *Paling.*, II, c. 681, n° 1066. c. 321, n° 342 : Scaevola ait possessionis furtum fieri : denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri : idcirco autem hereditati furtum non fieri... Voy

outre, de ce qu'aucun témoignage sur la matière n'appartienne à des *Libri ad Sabinum*.

Par contre, notre paragraphe doit être antérieur à Gaius. La phrase *Rursus ex diverso... usucapi posse* n'est qu'un décalque de la phrase *Rursus ex contrario... aliquis possiderit* qu'on trouve au Commentaire II, 52, et celle-ci se situe avant le temps de Gaius, car elle se détache nettement d'une remarque, sans doute insérée après coup (II, 57), et relative à l'abolition par Hadrien de l'usucapion *pro herede* : la remarque appartenant à la deuxième version, le contexte doit appartenir à la première[1].

23

Nous avons déjà analysé précédemment le § 202, qui traite du *furtum ope consilio factum* :

Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. In quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid per lasciviam et non data opera ut furtum committeretur, factum sit, videbimus an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur.

Le développement *Interdum furti... factum est* est nécessairement postérieur à Labéon, puisque c'est Labéon qui a fondé la théorie de la complicité. Et nous savons[2] que les divers exemples de *furtum ope consilio factum* qui sont énumérés ensuite, et qui sont empruntés aux *veteres*, n'ont pas été reproduits dans leur forme originale, et ont subi des modifications destinées à les faire cadrer avec la théorie nouvelle.

aussi Scaevola, *l. IV quaestionum. Dig.*, 47, 2, fr. 2, 70 (69). Lenel, *Paling.*, II, c. 275, n° 149. On sait que c'est aussi Scaevola qui a donné à la règle *Furtum fit possessionis* sa forme lapidaire définitive.

[1] Sed hoc tempore iam non est lucrativa. Nam ex auctoritate Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. Peut-être même ce passage aurait-il été inséré dans le texte après Gaius? (Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 69).

[2] *Supra*, pp. 394 et sqq.

Quant à la dernière phrase *Sed si quid... culpa puniatur*, elle est même probablement postérieure à Labéon et à Sabinus. En effet ces deux auteurs résolvaient tout autrement que ne le fait ici Gaius la question de savoir si l'action *furti ope consilio facti* peut atteindre l'agent du dommage qui n'a pas voulu favoriser un larcin commis par un tiers. Ils refusaient en pareil cas l'action *furti*, et ils donnaient à la place, le premier une action *in factum*[1], et le second, en outre[2], l'action de la loi Aquilia[3]. Notre passage fait une allusion visible à l'opinion de Sabinus, mais il lui en oppose, en termes dubitatifs, une autre : ne faudrait-il pas s'en tenir à une action *furti ope consilio facti* utile[4]?

Notre conclusion est donc la suivante : les mots *Interdum furti... fugavit armentum* appartiennent à la première version des Institutes; les mots *Sed si... puniatur* appartiennent à la seconde version.

Les Institutes de Justinien ont accolé ici à leur modèle habituel divers développements empruntés au moins en partie aux *Res cottidianae* de Gaius[5], et tendant à préciser l'interprétation des mots *ope consilio* conformément à la doctrine récente que nous connaissons[6].

24

Après les développements consacrés au commentaire de la formule sabinienne *Furti tenetur qui rem alienam invito domino contrectat*, Gaius passe à la question de la légitimation de l'action *furti*. Il traite de la légitimation active dans les paragraphes 203-207. Nous ne devons pas nous attendre à identifier ici plus d'éléments présabiniens que dans la série des paragraphes 195-202. Nous savons, il est vrai, que Q. Mucius avait déjà formulé une règle *Furti actio ei competit cuius interest id quod subreptum est salvum*

[1] *Dig.*, 47, 2, fr. 50, 4, *in fine*. *Supra*, pp. 595-596.

[2] *Dig.*, 9, 2, fr. 27, 21, *in fine* : Idem (sc. Sabinus) etiam in factum dari posse actionem ait.

[3] *Supra*, p. 593.

[4] Les *Institutes* de Justinien (4, 1, 11) n'ont admis que l'action *in factum* proposée par Labéon.

[5] Zocco-Rosa, *Institutionum Palingenesia*, II, p. 264.

[6] *Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2. *Supra*, pp. 597 et 844.

esse[1]. Mais nous ignorons comment il entendait l'intérêt requis par cette formule. Nous ignorons notamment s'il regardait l'obligation à la *custodia* comme un intérêt non seulement suffisant, mais encore nécessaire, pour légitimer l'exercice de l'action *furti*[2]. Pour Labéon et Sabinus, nous sommes à peine mieux renseignés. Nous avons cru démêler pourtant qu'ils regardaient l'obligation à la *custodia* comme un intérêt suffisant, non comme un intérêt nécessaire[3]. Il nous a semblé enfin que Sabinus ne subordonnait pas l'exercice de l'action *furti* par un détenteur tenu de la *custodia* à la solvabilité de ce détenteur[4].

Or, en face de cette doctrine mal connue, et sans doute hésitante, des auteurs que nous avons analysés, Gaius nous présente une doctrine fort arrêtée. Transcrivons ici ses paragraphes 203 à 207.

203. Furti autem actio ei conpetit cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter conpetit quam si eius intersit rem non perire. 204. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem[5] subripuerit, nihilo minus creditori conpetat actio furti. 205. Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio conpetit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. 206. Quae de fullone

[1] *Supra*, p. 338.
[2] *Supra*, p. 335.
[3] *Supra*, pp. 554-557 : 712 et sqq.
[4] *Supra*, p. 713.
[5] *Eam rem* renvoie ici à *pignus*. Il y a là un raccord maladroit, qui semble trahir une insertion faite après coup. Au dire d'Ulpien (*l. XXIX ad Sabinum*), c'est Julien qui a particulièrement, — et peut-être le premier, — insisté sur l'anomalie du *furtum* commis par le débiteur gagiste, propriétaire du *pignus*, aux dépens du créancier. *Dig.*, 47, 2, fr. 12, 2 : Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit : quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. Les mots *adeo quidem... actio furti* proviendraient-ils de la première version, tandis que les mots *Unde constat... agere posse* proviendraient de l'archétype ?

aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet[1] custodiam praestare. 207. Sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest rem salvam esse, furti itaque agere non potest, sed ea actio domino conpetit.

Gaius, on le voit, enlève au *dominus* le droit d'agir *furti* lorsque le détenteur reste tenu de la *custodia*, et ne le lui restitue que si ce détenteur est insolvable. Tout son développement est fondé sur cette double idée. Nous croyons donc que les sources du passage sont postérieures à Sabinus. Mais nous n'osons pas, faute de pièces de comparaison utilisables[2], formuler de conjectures plus détaillées et plus précises, et essayer de séparer ce qui peut appartenir aux diverses versions de notre texte[3].

[1] Nous avons repoussé *supra*, p. 349, 2 l'idée de Mr Beseler pour qui ce passage est interpolé. *Adde*, pour l'usage de *necesse habere* suivi d'un infinitif dans la meilleure latinité classique, Krebs-Schmalz, *Antibarbarus* [7], II, p. 137.

[2] Parmi les pièces de comparaison insuffisantes auxquelles nous faisons allusion, mentionnons deux fragments des *Libri ad Sabinum* d'Ulpien. — a. Ulpian, *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 14, 16 : Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint omnibus furti actiones competere. La réponse est plus compréhensive que la question : elle s'applique à tous ceux *quorum periculo res alienae sunt* (commodataire, locataire, gagiste), tandis que la question ne s'appliquait qu'au commodataire. Si c'est Sabinus qui a dit *qualis ergo... quaesitum est*, ce n'est sans doute pas lui qui a répondu *Et puto...*, etc. — Nous ne comprenons pas la question posée en la forme *Qualis ergo furti actio detur...?* On attendrait *An furti actio detur...?* — b. Ulpian, *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 14, 3 et 4 : Is autem, apud quem res deposita est, sed diximus, an habeat furti actionem. Et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti actionem : quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem. Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit : quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit. Faut-il lire ce passage comme s'il y avait *merito <Sabino> placet* ? Nous ne le savons pas.

[3] Signalons seulement quelques-unes des questions — difficilement résolubles, croyons-nous, — que pose ce passage :

1° Comment classer les deux formules différentes que donne Gaius pour la règle

25

Gaius consacre un seul paragraphe à la légitimation passive de l'action *furti* (§ 208) :

In summa sciendum est quaesitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere.

Il nous paraît certain que les sources de ce passage sont postérieures à Labéon, et même à Sabinus.

1° A Labéon. Pour Labéon, l'impubère était pleinement capable de s'obliger *furti* comme auteur principal; tout au plus était-il incapable de s'obliger comme complice[1]. D'une façon générale, le système qui ne regarde comme responsables délictuellement que les impubères *pubertati proximi* est inconnu de Labéon[2].

relative à la légitimation active de l'action *furti?* Il dit deux fois (§§ 203 et 207) : *cuius interest rem salvam esse*, et deux fois (§§ 203 et 205) : *cuius interest rem non perire. a)* La première formule s'apparente à celle de Q. Mucius, avec cette différence que l'expression *quod subreptum est* y est remplacée par le mot *rem :* ce qui élargit la portée de la *regula*, originairement applicable au seul vol avec *subreptio* Sabinus disait de la même façon : *cuius interest rem non subripi.* Ulpian., *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 10; fr. 12, 1; fr. 14, 17. *Supra*, p. 712. *Adde* Paul., *l. II manualium. Dig.*, 47, 2, fr. 86 (85). *b)* La deuxième formule se rencontre seulement sous la plume de Julien et de Celse (Ulpian., *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 14, 10 : Neque enim, inquit *(sc.* Iulianus) is cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit : quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat. La première formule serait-elle celle de l'archétype, la seconde, celle de la première version des Institutes?

2° Labéon et Sabinus ne s'occupaient que du *fullo* (Ulpian., *l. XXIX ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 12, pr.; *l. XLII ad Sabin. Dig.*, 47, 2, fr. 48, 4). Qui a introduit ici le *sarcinator ?*

3° L'extension au commodataire du principe admis pour le *fullo* est resté discutée jusqu'au Bas-Empire *(Codex Iust.*, 6, 2, const. 22, 1. *Supra*, p. 350, 1; p. 351). Comment se fait-il que Gaius l'admette comme allant de soi, sans souffler mot des résistances qu'elle soulevait?

4° D'où viennent les mots *mercede certa* (§ 205) et *mercedem capiendo* (§ 206), dont nous ne trouvons pas l'équivalent chez les devanciers de Gaius?

[1] *Dig.*, 9, 2, fr. 5. 2. *Supra*, pp. 405-406.

[2] Voy. Ulpian., *l. XI ad edictum. Dig.*, 4, 3, fr. 13, 1 : Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est... Evidemment Labéon ne connait pas encore la théorie de la *pubertati proximitas.*

2° A Sabinus. Les jurisconsultes des deux premiers siècles de l'Empire ont tendu à limiter la capacité de l'impubère à s'obliger délictuellement. La question n'était pas résolue définitivement au temps de Gaius. Toutefois la plupart des auteurs (= *plerisque placet*) admettaient déjà que l'impubère ne s'obligeait que s'il était *pubertati proximus*, et, par conséquent, pouvait comprendre qu'il commettait un délit. Sabinus était-il du nombre de ces auteurs? Mr Bremer le croit; il pense trouver dans notre paragraphe une *sententia* de Sabinus[1]. Mais c'est sans doute à tort. En effet, Julien, qui appartenait à l'école sabinienne, argumentait encore de ce qui se passait en cas de vol pour maintenir contre l'impubère l'exercice de l'action *legis Aquiliae*, et il esquissait seulement la théorie de la *pubertati proximitas* en une forme encore hésitante (= *modum esse adhibendum*[2]). Si Julien est bien, comme tout porte à le croire[3], l'auteur de la distinction entre les impubères *pubertati proximi* et ceux qui ne le sont pas, Sabinus ne saurait être compris parmi les juristes qui ont admis cette distinction.

Donc le § 208 se rattache probablement, non à l'archétype, mais à la première version des Institutes[4]. Toutefois on peut conjecturer que l'incidente *quia furtum ex adfectu consistit* provient de la deuxième version (de même que les mots *quod furtum sine dolo malo non committitur* dans le § 197[5]).

26

Le § 209, consacré au délit de *rapina*, contient aussi une formule de transition intéressant le *furtum*. C'est pourquoi nous devons encore le transcrire ici.

Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti : quis enim[6] magis

[1] Bremer, II, 1, p. 515.

[2] *Dig.*, 47, 2, fr. 23. *Supra*, p. 505. Desjardins, *Traité du vol*, pp. 196-197.

[3] En ce sens, Perozzi, *Labeo*, I, p. 219. Ferrini, *Diritto penale romano* (*Enciclopedia generale*), p. 130. Marion, *A furtum manifestum deliciorum privatorum*, p. 62. Girard, *Manuel*[2], p. 202, 1.

[4] Cf. Kuhr, *Der Rechtsgelehrte Gaius*, p. 59, pour qui tout développement commençant par *In summa sciendum est* est une addition postérieure à Gaius.

[5] *Supra*, p. 787. Cf. *Dig.*, 48, 7, fr. 34, pr., où les mots *furtum enim ex affectu fit* sont interpolés au dire de Mr Lenel, suivi par Mr P. Krüger).

[6] Cf. Beseler, *Beiträge*, I, p. 61.

alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit? Itaque recte dictum est eum improbum furem esse. Sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli [actio], post annum simpli. Quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.

L'action *bonorum vi raptorum* a été créée par le préteur pérégrin M. Terentius Lucullus en 678[1] (= 76). Le délit de *rapina* qu'elle sanctionne ne rentre pas dans la notion du *furtum*[2]. C'est un démembrement du *damnum iniuria datum :* tout le prouve, le témoignage des anciens textes[3], la terminologie du délit[4], et la place que l'action *bonorum vi raptorum* occupe dans l'Edit perpétuel[5]. Aussi bien le fait est-il généralement admis, et Mommsen a soutenu avec beaucoup de force[6] que la rédaction de Lucullus visait exclusivement les dommages causés par violence, et n'a été appliquée aux larcins que par une extension postérieure, nécessitée peut-être par l'impossibilité pratique qu'il y avait à séparer les actes de destruction et de soustraction commis par les mêmes bandes de malfaiteurs[7]. C'est pour cette raison que nous n'avons pas encore eu à analyser de textes touchant principalement à la *rapina*.

Mais nous en avons rencontré un qui y touchait accessoirement :

[1] Cic., *Pro Tullio*, 8. Keller, *Semestria ad Ciceronem*, 1842, pp. 573 et sqq. : Girard, *Manuel*[5], p. 416, 2.

[2] Les sources anciennes opposent même la *rapina* au *furtum*. *Supra*, p. 207.

[3] Cic., *Pro Tullio*, 8-10; 11 : Quod in aliis causis debet valere et valet lege Aquilia, id ex huiusmodi damno, quod vi per servos armatos datum esset... Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 660, 1 (*Dr. pénal romain*, trad. Duquesne, II, p. 380, 5).

[4] *Rapere* est apparenté à *rumpere*, avec lequel il permute (*supra*, p. 271).

[5] L'édit gur la *rapina* est commenté par Ulpien au l. 56 de ses *Libri ad edictum*. par Paul au l. 54, par Gaius au l. 21 (Lenel, *Edit*, II, p. 123 ; *Edictum*[2], p. 377). Or on sait qu'Ulpien traitait du *furtum* dans ses livres 37-38, Paul dans son livre 39, Gaius, dans son livre 13 (Lenel, *Edit*, II, p. 43; *Edictum*[2], p. 312). La tendance qui s'est marquée au Bas-Empire de rattacher la *rapina* de plus en plus étroitement au *furtum* est attestée par la place que la rubrique correspondante occupe dans le *Digeste* (47, 8) immédiatement après le titre *Arborum furtim caesarum*.

[6] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 660 (*Dr. pénal romain*, trad. Duquesne, II, pp. 380-381).

[7] Nous empruntons quelques expressions à Mr Girard, *Manuel*[5], p. 416, 6. *Adde* Keller, *Semestria*, p. 546. Cohn, *Zum römischen Vereinsrecht*, 1873, pp. 187 et sqq., suivi par Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1338 et sqq., croit même qu'il a existé deux édits, l'un *de damno vi hominibus armatis coactisve datum*, l'autre *de bonis vi raptis*. C'est Justinien qui les aurait fondus en un seul, et qui aurait confondu les commentaires jadis distincts que les jurisconsultes classiques leur consacraient.

c'est le texte d'Ulpien relatif à l'octroi de la *condictio (ex causa furtiva)* à celui *qui de fundo vi deiectus est*[1] ; il pose la question de savoir si l'on doit étendre à un cas de *rapina* une sanction caractéristique de l'ancien *furtum*. Nous savons que Labéon refusait la *condictio*. Sabinus l'accordait, non sans un certain embarras. Il appliquait ainsi à la *rapina* la règle qu'il avait le premier admise pour la *subreptio*. Mais ce n'est pas lui, c'est Celse qui affirmait la logique du système en proclamant que cette *condictio ex causa furtiva* était, pour le cas de *rapina* comme pour le cas de *subreptio*, une *condictio possessionis*. D'où cette première indication : c'est Sabinus qui a commencé de rapprocher la *rapina* du *furtum*. Le texte de Gaius pouvait déjà nous conduire à cette conjecture, puisque c'est en s'appuyant sur la formule sabinienne *Furti tenetur qui rem alienam invito domino contrectat* qu'il énonce la règle *Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti*. Mais, si Sabinus a préparé cette évolution, il ne l'a pas entièrement réalisée. Ce n'est probablement pas lui non plus qui a donné aux préceptes par lesquels elle s'exprime leur forme définitive. Un passage d'Ulpien nous renseigne sur une des sources qu'a suivies ici Gaius :

Ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto : nam Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem[2].

Ainsi la partie du § 209 qui nous intéresse (*Qui res... furem esse*) ne se rattache pas à l'archétype de Gaius. Elle provient d'une rédaction qui est tout au plus contemporaine de Julien.

27

Nous avons étudié la composition et les sources de l'exposé que consacre Gaius à la théorie du *furtum*. Cette étude nous amène aux conclusions suivantes.

On distingue, dans l'ensemble, trois masses de matériaux.

Une première masse comprend des matériaux relativement anciens. Elle reflète la doctrine des *veteres*, remaniée par Sabinus. D'ailleurs ce jurisconsulte n'est pas l'auteur de l'archétype des

[1] *Dig.* 47, 2, fr. 55, 1. *Supra*, pp. 585 et 594.
[2] Ulpian, *l. LVI ad edict.*, *Dig.* 47, 8, fr. 2, 10. Lenel, *Palingen.* II, c. 790, n. 1343.

Institutes. On penserait plutôt à un de ses successeurs immédiats, sans doute à Cassius [1].

Une deuxième masse comprend des matériaux plus récents, qui remontent à la première moitié du deuxième siècle. On relève dans ces matériaux l'influence de Celse [2], de Julien [3], peut-être aussi de Neratius [4] et de Pomponius [5].

Enfin une troisième masse, beaucoup moins importante que celles dont il vient d'être question, comprend des additions faites par Gaius (ou par quelques auteurs anonymes postérieurs à Gaius) sur la rédaction précédente.

Nous nous garderons de généraliser ces résultats. La base sur laquelle nous nous sommes placés est trop étroite. Ce n'est pas en analysant vingt ou vingt-cinq paragraphes d'un ouvrage qui en compte neuf cents, qu'on en identifiera les sources. Il faudra pour cela instituer une Palingénésie complète des Institutes [6]. Il faudra aussi reprendre certaines questions, qu'on n'a pas résolues parce qu'on les a généralement traitées en postulant l'unité et l'homogénéité du manuel de Gaius : et d'abord la question de savoir quel rôle ont pu jouer dans les rédactions de ce manuel les jurisconsultes Cassius [7] et Pomponius [8].

Quant à nous, il nous aura suffi de mettre en lumière l'apport de l'ancienne tradition sabinienne dans la partie de ce manuel qui traite du *furtum*.

[1] *Supra*, pp. 743-744; 749.

[2] *Supra*, pp. 750; 754; 760, 1; 801, 2; 805.

[3] *Supra*, pp. 749; 754; 797; 800, 5; 801, 2; 803; 805.

[4] *Supra*, p. 783.

[5] *Supra*, pp. 750; 754; 786.

[6] La récente édition de Mr Kniep ne peut pas, malgré sa valeur, tenir lieu de cette *Palingénesie*. Mr Kniep s'attache trop aux critères tirés de la langue de Gaius : car il faudrait d'abord distinguer le vocabulaire et le style propres à Gaius du vocabulaire et du style propres à ses modèles. Les pièces de comparaison que fournissent les textes de Gaius insérés au Digeste y suffisent rarement. En revanche, Mr Kniep ne confronte pas assez méthodiquement les solutions doctrinales recueillies par Gaius avec celles qui sont attribuées sur les mêmes points à ses devanciers. Néanmoins Mr Kniep a le très grand mérite d'avoir posé sur son vrai terrain la question des sources et de la composition des *Institutes*.

[7] Cf. Longinescu, *Caius der Rechtsgelehrte*, Berlin, 1896 ; Herzen, *Die Identität des Gaius. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XX (1899), R. A., pp. 211-229; Teuffel-Kroll-Skutsch, *Gesch. der röm. Literatur*[6], III, p. 87.

[8] Cf. Krueger, *Quellen*[2], p. 204; Fitting, *Alter und Folge*[2], pp. 34; 51-52.

CONCLUSION

Nous avons achevé notre dépouillement de sources, en suivant, le moins mal que nous avons pu, la méthode primitivement définie.

Au point où nous sommes parvenus, notre œuvre ressemble assez à un de ces chantiers où gisent amoncelées les pierres d'un édifice à construire, les unes brutes, les autres à peine dégrossies. Parce qu'on les a réunies là, on entrevoit un dessein confus, on imagine des réalisations spécieuses, des connexions et des adaptations vraisemblables ; et déjà leur volume, leur structure, leurs proportions commandent certaines résolutions. Mais surtout des résolutions négatives : on sait bien qu'avec des moellons on ne bâtira pas la tour Eiffel. De même nous savons assez exactement ce que le *furtum* n'est pas. Les limites extrêmes de notre effort se trouvent désormais marquées.

Mais, par contre, nous ne savons guère ce que le *furtum* est. De nos documents entassés la notion du *furtum* ne se dégage que vague, chaotique, partiellement contradictoire. D'autres notions, qui contrastent avec elle, ou s'en rapprochent, restent pareillement troubles : nous ne sommes point parvenus à nous faire de la *subreptio* une image nette et cohérente. Des questions se posent. Le seul *furtum* originaire n'était-il pas le *furtum improprium*, c'est-à-dire le *furtum* sans soustraction, — la *subreptio*, comme la *rapina*, rentrant au contraire dans la notion du *damnum* ? L'ancienne règle *Furti agere potest is enim interest rem non subripi* n'avait-elle pas une portée très générale, et n'est-ce pas elle qui a fait de la *subreptio* un *furtum*, en donnant à la victime de la *subreptio* le droit d'agir *furti* ?

Mais à ces questions, et à beaucoup d'autres que suggère notre dépouillement, les textes ne fournissent pas de réponses. Des

témoignages collectionnés ne font pas plus une théorie que des matériaux amoncelés ne font une maison. Il faut construire. C'est ici que la volonté de l'architecte, servie par sa conscience des possibilités physiques et économiques, sa connaissance des besoins à satisfaire, et aussi, il faut bien le dire, par ce sens de l'équilibre, de la mesure et de l'harmonie qu'on nomme le goût, prend la direction de l'entreprise. Où la méthode heuristique et critique s'arrête, la méthode synthétique entre en jeu. Elle se fonde sur ce qu'on peut saisir, par le droit comparé et la sociologie, des lois qui régissent le développement juridique et économique des sociétés, et des conditions particulières de ce développement à Rome.

C'est à la définition et à l'application de cette méthode que se consacrera le deuxième volume de nos *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*. Là nous édifierons, s'il se peut, une théorie du *furtum* et de ses sanctions, et nous toucherons à la préhistoire des notions de propriété et de possession.

ADDENDA ET CORRIGENDA

P. 203, 4. *Au lieu de* Nonius, 134, *lire* Nonius, 134, 35.

P. 260. Le nom de Nigidius Figulus se retrouve dans une histoire de vol Ce théologien excellait, paraît-il, à découvrir par la divination les objets dérobés. Apulée (*Apol.*, 42) raconte, d'après Varron, comment il prêta le secours de son art à Fabius, à qui l'on avait volé cinq cents deniers. Il hypnotisa deux enfants qui firent retrouver toute la somme. « Memini me apud Varronem philosophum... hoc... legere... : Fabium, quum quingentos denarios perdidisset, ad Nigidium consultum venisse; ab eo pueros carmine instinctos indicasse, ubi locorum defossa esset crumena, cum parte eorum; ceteri ut forent distributi; unum etiam denarium ex eo numero habere M. Catonem philosophum; quem se a pedissequo in stipe Apollinis accepisse Cato confessus est. » Sur la divination employée à la recherche du vol, voy. Huvelin, *Magie et droit individuel*, l° c°, pp. 13 et sqq.

P. 264, 3. *Au lieu de* Plin., 7, 15, 3, *lire* Plin., 7, 14, 143.

P. 267, l. 24. *Supprimer le point après* vides.

P. 384, n. 1, l. 1. Le passage de Cicéron, II, 57, 170 est tiré du *De inventione*, et non du *De oratore*.

P. 469, n. 3. *Au lieu de* Cic., *Pro Rosc. com.*, 5, 12, *lire* Cic., *Pro Rosc. com.*, 4, 11.

P. 496, n. 3. *Au lieu de Basiliques*, 50, 3, 32, *lire Basiliques*, 50, 3, 34.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES[1]

Abandon; abandonnées (Choses), voy. *Derelictio*.

Abandon noxal, 307-308; 521; 523; 606; 729-730.

Abesse (res furto), 438; 545 et sqq.

Abigeus, 345.

Abiurare, 314.

Ablatif (Emploi de l' —), 628.

Aborigines, 42.

Absence, 120; 212-213.

Absolution, 542; 544; 556-557.

Abstention, voy. *Ius abstinendi*.

Aburnius Valens, 569.

Abus de confiance; 210; 240 ets qq.; 330 et sqq.

Accessiones, 239; 244; 245.

Accessoires (Choses), 275.

Accipere (pecuniam), 447.

Accusateurs téméraires, 235.

Acquéreurs (d'une chose volée), 289. Voy. *Res furtivae*; Soustraction.

Acquisitions à titre gratuit, à titre onéreux, 527.

Action *aquae pluviae arcendae*, 767; 776; — *bonorum vi raptorum*, 26; 212; 386; 391; 589, 641; 727; 804; 805; — *commodati*, voy. Commodat; — *concepti*, 745-746; 756; 757; 775; voy. Action *furti concepti*; — *conducti*, 745; voy. *Locatio*; — *de dolo*, 541; 542; 544; 680; — *depositi*, 348; 710-712; voy. *Depositum*; — *empti*, 216; 634; 634; 635; 639; 745; — *ad exhibendum*, 91 et sqq.; 340; 491; 522; 558; 561; 565; 582; 584; — *furti*, voy. *Furtum*; Infamie; Légitimation; Procédure; Transmissibilité; — *furti adversus nautas*, 39; 519; — *furti concepti*, 41; 295; — *furti* noxale, 18; 21; 22; 96 et sqq.; 189; 308; 439 et sqq.; 481; 484; 521 et sqq.; 545-546; 567-571; 584; 605-607, 611; 624; 627; 685; 689; 697; 728-730; — *furti manifesti*, voy. *Furtum manifestum*; — *furti nec manifesti*, 79 et sqq.; 77 et sqq.; 385; 388; 389; voy. *Furtum nec manifestum*; Procédure; — *furti non exhibiti*, 746; voy. *Furtum non exhibitum*; — *furti* principale, et secondaire, 558; 559; — *furti prohibiti*, 660-661; 757; 759; — *iniuriarum*, voy. *Iniuria*; — *iudicati*, 464; 597; 675; 745; — *legis Aquiliae*, voy. *Damnum*; — *locati*, 745; voy. *Locatio*; — *mandati*, voy. *Mandatum*; — *oblati*, 745; 746; 756; 775; voy. Action *furti oblati*; — *omnis aversi*, 496; 511 et sqq.; — *de pastu pecoris*, 62; — Paulienne, 467 et sqq.; *pignerativa*, 558; 561; 684; voy. *Pignus*; — *praescriptis verbis*, 613; 614; — *publicienne*, 795; — quasi servienne, 558; — *rationibus distrahendis*, 81; 500; 601; — *redhibitoria*, 697; — *rei uxoriae*, 625; 628; 630; 631; 632; — *rei uxoriae mandatae*, 596; 597; 599; 600; 602; — en revendication, voy. Revendication; — *serui corrupti*, 608 et sqq.; 615; 617; — *de tigno iuncto*, 81 et sqq.; voy. *Tignum*; — *tributoria*, 515; — *tutelae*, 669; voy. Tutelle; — *utilis*, 745; voy. Vaner.

Adiacentes (Remuels à), 118; 151.

Adiectitius (*Dec.*), 59.

[1] Les chiffres renvoient aux pages du livre.

Actions arbitraires, 165; 467 et sqq.; — de bonne foi, 767; 768; — noxales, 675-676; voy. Abandon noxal; Action *furti* noxale; — pénales, 145; 175; 322; 486; 600; 621; 624; 676; — *in personam* et *in rem*, 738; — populaires, 111 et sqq.; 117 et sqq.; 229; 233; 236; — rei persécutoires, 150; 175; 486; 621; — utiles, 69.
Addictio, addictus, 26; 47; 56 et sqq.; 152; 174; 185 et sqq.; 187; 195; 201; 367 et sqq.; 432; 434; 437; 758.
Adition d'hérédité, 321 et sqq.; 325 et sqq.
Adiudicatus, 367 et sqq.; 758.
Administratio (libera), 496; 497.
Adorare, 71; 72.
Adrogatio, 322; 569; 571.
Adultère, 185; 281; 412 et sqq.; 417.
Adversus, 281.
Advocati, 154 et sqq.; 181 et sqq.; 196; 300; 312.
Aedes, 591.
Aedituus, 577.
Aeliana, 32.
Aelius (L.) Stilo Praeconinus, 32; 103; 770.
Aelius (Sex.), 237; 251; 319 et sqq.; 329 et sqq.; 336; 337.
Aelius Tubero (Q.) 772.
Aemilius Scaurus, 388-389.
Aestimatio facit venditionem, 352.
Affranchi, affranchissement, 685-688; 728; 732.
Africanus (Sex. Caecilius), 25; 505; 506; 601; 602; 603; 605; 694.
Agere, 71.
Agnatio, 781.
Album, 233-235.
Alea, voy. Jeu.
Alexis, 141.
Alfenus Varus, 279; 485-523; 534; 641; 686; 687; 688; 773; 781.
Alieni iuris, 63; 96 et sqq.; 107; 218; 366 et sqq.; 597; 624; 625; 631; 784; voy. Action *furti* noxale; Esclave; Fils de famille.
Altération d'écritures, 579.
Amovere, 401.
Amputation, 130.
Analogie, analogistes, 728; 762-765; 766; 767; 769; 771; 772; 774; 775; 777; 779; 780; 781; 782.
Ancilla furtiva, 526 et sqq.
Ἀνδραποδίσται, 147; 202; 220-221; voy. γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ.
Animus, 266.
Animus celandi, 696.
Animus furandi, 374; 375; 376; 383; 492; 520; 669; 670; 787; 803; voy. *Furtum*.
Animus infitiandi, voy. *Infitiatio*.
Animus lucri faciendi, voy. *Furtum*.
Anneau, 613-615.
Anomalie, anomalistes, 504; 560; 667; 702; 719; 762-765; 766; 770; 771; 772; 778; 779; 780.
Antestari, antestatio, antestatus, 167; 185; 219; 221.
Ἀπαγωγή, 39; 143; 145; 191; 192; 193; 199; 202; 221; 228; 230; 231; 236.
Apollodorei, 764.
Apud aliquem esse, 344.
Apulée, 417.
Aquilius Gallus, 522.
Ara maxima 305; 315.
Arbitrage, arbitre, 207; 461; 468.
Arbitraria (formula), 467.
Arbitratus iudicis, 522.
Arbitrium liti aestimandae, 74 et sqq.
Arbores furtim caesae, 18; 62; 67 et sqq.
Archétype des Institutes, 736.
Argument d'analogie, voy. Analogie; — d'autorité, voy. *Auctoritas*; — *a similitudine*, 769-770.
Aricia, 264; 265; 266 et sqq.; 331-332; 333; 334; 786.
Aristarque, 764.
Ariston, 592; 647; 648; 649; 650.
Arnobe, 417.
Arpinum, 267.
Arrhes, 613.
Asinius Marrucinus, Asinius Pollio, 418; 419-420.
Asyndeton, 283.
Associations de malfaiteurs, 479 et sqq.
Ateius Capito, 770; 772.
Atilicinus, 380; 599; 620.
Atinia (Gens), Atinius, 263 et sqq.; voy. *Lex Atinia*.
Attraction modale, 619.
Attrectare, attrectatio, 312; 432; 681; 782; voy. *Contrectare*.
Auctoratus, 789-791.

Auctoritas, 280 et sqq.: 398; — *tutoris*, 327; Argumentations fondées sur l' —, 763; 766; 774.
Audiens esse, 687.
Auferre (pecuniam), 147; 576; 577.
Augustin (S[t]), 31; 345; 769.
Aulu-Gelle, 21; 24; 25; 26; 33; 40 et sqq.: 50; 51; 54; 55; 56; 57; 646-653; 654; 657; 658; 661; 662; 664; 682; 684; 685; 702; 743; 755; 759; 760; 770; 773; 774; 777; 778; 779; Sources d' —, 24; 33; 56 et sqq.; 330; 649 et sqq.: 739.
Aurelius Victor (Sex.), 305; 306.
Autolycus, 307; 418.
Αὐτοφώρῳ (Vol ἐπ —), 143 et sqq.; 663; 750.
Ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν, 194 et sqq.; 196.
Aventin, 305; 308; 313.
Avertere, 437; 438; 447; 520.
Baebius Massa, 419.
Βαλανοκλέπτης, voy. *Balnearius*.
Βαλαντιοτόμοι, 147.
Balnearius (Fur), 209; 418 et sqq.: 421.
Banqueroute, 478.
Bis de eadem re ne sit actio, 463; 465.
Boèce, 283.
Bona fides, bonne foi, 275; 276; 278; 356; 357; 386; 496; 497; 498; 499; 528; 533; 534; 535; 536; 637; 638; 672; 710; 711; 792 et sqq.
Bona fide serviens, 640-641; 671-674; 793.
Bonae fidei possessor, voy. Possession.
Bon de pain, 549.
Bonis (Habere in —), 569; 714; 793 et sqq.
Bonorum emptio, venditio, 459; 474.
Bonorum possessio secundum tabulas, 327.
Bonorum possessor, 569.
Brutus (Iunius), voy. Iunius.
Brutus (M.), 327.
Butin, 126; 127; 531; 532.
Cacus, 303 et sqq.; 433.
Caepio (Q.), 327.
Callistrate, 108; 110; 278.
Calpurnius Piso (C.), 461 et sqq.
Cambriolage, 442 et sqq.
Camille, 453.
Capacité (à s'obliger délictuellement), voy. Action *furti* noxale: Impubère; *Pubertati proximus*.
Capitale crimen, voy. *Crimen*.
Capitis deminutio, 327; 368; 369; 732-733; 758.
Cassius Hemina, 64; 306; 309; 310.
Cassius Longinus, 269; 287; 288; 357; 370; 371; 372; 563; 620; 626; 631; 635; 636; 649; 663; 664; 701; 702; 705; 709; 733; 739; 740; 741; 743; 744; 749; 754; 778; 866.
Casus, 353; 386.
Catilina, 481.
Caton le Censeur, 72-73; 76; 81; 237-253; 265 et sqq.; 368; 408; 429; 648; 649; 650; 687; le *De agri cultura* de —, 237; 238; 248; 249-250.
Caton (fils de Caton le Censeur), 766.
Catulle, 411 et sqq.
Causa furtiva, 340 et sqq.; 345; voy. *Condictio*: — *honesta*, 341; — *iniusta*, 345; — *iusta*, 526 et sqq.; — *turpis*, 345.
Causa liberalis, voy. *Vindicatio in libertatem*.
Cautio usufructuaria, 717; 720.
Cautiones (Vol de —), 722.
Celare, 383; 612; 633; 698; 700; 701; 707; 708; voy. Dissimulation.
Celse (Iuventius Celsus), 96; 97; 375; 376; 377; 579; 586; 587; 588; 589; 592; 685; 688; 749; 750; 754; 777; 778; 802; 806.
Cens, 135.
Censeur, 483.
Centumvirs, 409.
Cervidius Scaevola (Q.), 322; 362; 363; 383; 498 499; 529; 530; 56[illegible]; 568; 571; 585; 724; 797; 798.
César (J.), 408; 764.
Cessatio, 476 et sqq.
Chantage, 207; 230; 236.
Chasse, 535-537.
Chasse au voleur, 180-181; 299 et sqq.; 303 et sqq.; 481.
Choses perdues, 703-704.
Cicéron (M. Tullius Cicero), 26 et sqq.; 33; 79-81; 102; 250; 264; 266; 267 et sqq.; 291; 319 et sqq.; 325 et sqq.; 356; 384; 386; 390; 391; 400; 440; 442 484; 525; 546; 562; 575;

576; 581; 589; 685; 687; 724; 753; 766; 767; 768; 770; 771; 804.
Cicero (Q. Tullius), 475 et sqq.
Cités (Péculat commis aux dépens des —), 579 et sqq.
Citoyen romain, 280 et sqq.
Civile debitum, 776.
Civilis aequitas, 776.
Civitas, 459.
Clandestinité, voy. Dissimulation.
Classement des sources, 2 et sqq.
Classification, 767 et sqq.; — des *genera furtorum*, 486 et sqq.; 539; 737 et sqq.; 762.
Claudius (Appius), decemvir, 296.
Claudius (Appius), censeur, 319.
Clepere, *Clepsere*, 441; 454.
Clivus Aricinus; Clivus Virbii, 332.
Clodius (P.), 479.
Cluentius Habitus; action *pro Cluentio*, 442 et sqq.; 481; 581.
Codicilles, 356.
Coelius Antipater, 334-335.
Coemtio, 327-328.
Cogere (pecuniam), 447.
Cognatio, 781.
Cognomen, 302.
Cognitor, 461; 463; 464; 465; 674.
Collum, 184; 197-198.
Columelle, 301.
Comédie grecque, 235; — ancienne, 208; 210; — moyenne, 137; 207; 210; — nouvelle, 137; 207; 210; 236.
Comédie latine, 133 et sqq. Le vol dans la —, 139 et sqq.
Commendare, *commendatum*, 518; 792.
Commercium, 280.
Comminus, 557.
Committere furtum, 488.
Commodatum, commodant, commodataire, 330 et sqq.; 346 et sqq.; 349; 350; 351; 355; 366; 494 et sqq.; 501; 720; 721; 785 et sqq.; 795; 801; 802.
Communio, voy. *Societas*.
Communis usus, 772.
Compedes, 368; *Compeditus servus*, 383.
Competere, 68; 570; 599.
Complicité, 206; 242; 381; 382; 387-406; 495; 510-511; 540; 609; 612; 615; 618; 689; 690-694; 699; 784; 798-799; 802.
Composition légale, voy. *Poena*; — volontaire, voy. *Decisio*; Transaction.
Concapere, *concipere*, 44; 82-83.
Concepta verba, 301.
Conceptum (Furtum), voy. *Furtum*.
Conciliare pecuniam, 447.
Concussions, voy. *Repetundae*.
Condamnation, 76.
Condictio, 343; — *ex causa furtiva*, 59; 279; 340 et sqq.; 346 et sqq.; 360 et sqq.; 379; 399-400; 410; 469; 500; 543; 554; 580-609; 613; 614; 621; 625-630; 637-644; 668; 674-677; 727; 805; — *certae pecuniae*, 462; 463; 469; — *certi*, 745; — *incerti*, 586 et sqq; 592; 604; 745; — *indebiti*, 499-500; 603-605; 633; 635; 637; 639; 745; — *ex iniusta causa*, *ob iniustam causam*, 342 et sqq.; 344-345; 590; 595; 609; 643; 668; — *possessionis*, 379; 586; 590; — *ipsius rei*, 590; 592; 803; — *ob rem dati*, *ob causam datorum*, 585; — *ob turpem causam*, 344-335; 501.
Conquaestores, 116.
Conseils donnés à un fugitif, 508.
Consilio, 568; voy. *Ope consilio*.
Consilium, 374; 383 et sqq.; 385; 386 et sqq.; 388 et sqq.; 404 et sqq.; — *fraudis*, 403.
Constantinus Nicaeus, 571.
Constat, 322.
Constitutio Rutiliana, 357; 532.
Consuetudo, 772; 773; 774.
Contingere, 755.
Contrats innommés, 585.
Contravindicatio, 206.
Contrectare, *Contrectatio*, 369; 370; 372; 373; 376; 377; 431; 432; 433; 502; 503; 504; 511; 543; 565; 569; 684; 685; 689; 690; 691; 692; 698; 702; 711; 782.
Controversia ex translatione, 456.
Copropriété gentilice, 323; — familiale, 323.
Cornelius Balbus (L.), 459.
Cornelius Fronto, 100.
Cornelius Maximus (Q.), 525.
Cornelius Nepos, 408.
Cornelius Scipio Asiaticus, 124.
Corruption, 226.
Coruncanius (Tib.), 267.
Crainte révérentielle, 548.
Crassus, 80; 766.

Cratès, 764; 766.

Créancier chirographaire, 470 et sqq.; — conjoint, 578; — gagiste, voy. *Pignus*.

Créancier (Faux —), voy. *Falsus creditor*.

Crimen capitale, 55 et sqq.; 66; 369; 425; 433 et sqq.; 786; — *repetundarum*, voy. *Repetundae*; — *plagii*, voy. *Plagium*.

Critique des sources, 5 et sqq.

Crotone, 303.

Culpa, 348; 351; 352; 353; 354.

Culture (des céréales, de la vigne, de l'olivier), 85-86; 239 et sqq.; 748.

Cumul de l'action *furti* avec les actions rei persécutoires, 726-728.

Cumul des *poenae* contre les coauteurs, 567; 728-730.

Custodes, 300; voy. *Advocati*.

Custodia, 339; 341; 348 et sqq.; 353; 354; 355; 411; 494; 554-557; 619-620; 712; 715; 716; 717; 720; 721; 800; 801.

Cyrille, 634.

Dactyliotheca, 376.

Damnum, 189; 448-449; — *decidere*, 73 et sqq.; — *emergens*, 219; 220; 340 et sqq.; 493; 499; — *iniuria datum*, 61; 68; 98; 273; 370; 379; 380; 393; 394; 404-405; 461; 463; 464; 465; 478; 507; 508; 589; 611; 615; 688; 799; 803; 804; 807. Voy. *Lex Aquilia*.

Dare, *Dâtio* (Sens de —), 347; 410; 514; 581; 592; 593; 671; 678; *Actionem dare*, *dandam*, 68-69; 94; 322; 597; 599; *Poenas dare*, 410.

Datif (Formes du), 410.

Datio in solutum, 730.

Decisio furti, 76; 731. Voy. *Damnum decidere*; Pacte; Transaction.

Déconfiture, 477.

Deductio, 241; 243; 245.

Definitio, 767; — *divisionum*, *partitionum*, 768 et sqq.; — *ex genere*, *ex differentiis*, 769.

Degener fraus, 433.

Délais de l'usucapion, 283.

Délateurs, voy. *Quadruplatores*; Sycophantes.

Delatio nominis, 221.

Délégation, 642.

Délits (Classification des —), 686; 687

Dénégation, voy. *Infitiatio*; *Negatio*.

Dénonciateurs, voy. *Quadruplatores*; Sycophantes.

Denys d'Halicarnasse, 316 et sqq.

Depeculatus, 438.

Deportare; *deportatio*, 243; 244.

Déportation, 421.

Depositum, dépôt, 81; 277; 329 et sqq.; 346 et sqq.; 370 et sqq.; 785 et sqq.; 801; — *irregulare*, 505 et sqq.; 518. Voy. Séquestre.

Deprehensio, 179; 190; 191; 202-203; 313; 412; 416; 480; 488; 489; 663; 664; 665; 666; 710-712; 748; 749; 750; 752; 761; 762; — du *fur* ou de la *res furtiva*, 663-664; 749.

Derelictio, 704.

Derkynos, 304.

Détention, 344.

Détournement, voy. Abus de confiance.

Dettes d'un *filiusfamilias*, 675 et sqq.

Dica, 192; — *in scribere*, 192.

Diétète, 148-149.

Digesta de Julien, 788.

Δίκη κλίας, 193; — εἰς ἐμπόρων καταστασιν, 150; — ἐξοδλας, 150; 194. — κλοπῆς, 145; 148; 188; 191 et sqq.; 199; 229; — ζαυμάχων, 228.

Dilectus, 124.

Diligentia, 350 et sqq.; 352; 353; 354.

Diodore, 648.

Discipline des voleurs, 480.

Dispensator (*Servus* —), 507.

Dissimulation, 205; 431 et sqq.; 633, voy. *Celare*.

Divination, 809.

Divorce, 621; 625; 631.

Dolus malus, 129; 242; 348, 351, 386, 387; 396; 562-564; 712; 790, 797; 783; 787; — *praesens*, 563; — *pro possessione est*, 522.

Donations, voy. *Lex Cincia*; γραφὴ δώρων; — entre époux, 87.

Dorothée, 535.

Dos, dot, 621; 625; 629; — protectice, 629; — réceptice, 630. *Dotis datio*, 354.

Doublets dans le *De agri cultura* de Caton, 249; — législatifs, 290-291; 296

Douze Tables, 15 et sqq.; 255; 256-258; 288 et sqq.; 291 et sqq.; 449; 657; 688; 739; 745; 761.

Dracon, 646; 651.
Droit de rétention, 795.
Droit disciplinaire, 128.
Droit grec, 39; 133 et sqq; 142 et sqq.; 226; 229-230; 235.
Duci iubere, 676.
Dulcia, 770.
Duplex, 156.
Duplio, voy. *Poena dupli.*
Echange, 778-779.
Ediles (Edit des —) 440; 697.
Edit du préteur, 233-234; — des édiles, 440; — perpétuel, 562-563; 788; 804.
Edits *arborum furtim caesarum*, 804; — *de bonis vi raptis*, 804; — *de damno vi hominibus armatis coactisve datum*, 804; — sur le *furtum*, 9 et sqq.; 490; 493; 567-575; 653; 656-661; — *si familia furtum fecisse dicetur*, 567-571; 728-730; — *si is qui testamento liber...*, 571-574; — *quod publicanus vi ademerit*, 574-575; — *de servo corrupto*, 507.
Egerius (M'), 266; 268.
Egypte (Vol dans l'ancienne —), 647; 648.
Emere, 581.
Empoisonnement, 227-228; 442 et sqq.
Ἔνδειξις, 145 et sqq.; 191; 193-194; 226; 236.
Ἔνδεκα, 147-148; 234.
Endoplorato, 32 et sqq.
Enjeu (d'un pari), 613.
Ennius, 35.
Entôlage, 418.
Entraves, 149.
Eo usque, 537; — *donec*, 753.
Ereptus; eruptus, 271.
Eryx, 304.
Esclavage, 186; 187; 367-369.
Esclave (Vol commis par un —), 96; 307; 366-367; 432; 443 et sqq.; 484; 502; 545; 567-571; 581; 597; 601-607; 685-689; 696-697; 720-721; — volé, 105 et sqq.; 525-535; 635-644; 671-674; 690-696; 707-710; 715-720; 727-728; — Restitution faite à un —, 710-712; Travailleur — 240; voy. Action *furti* noxale; *Fugitivus*; Répression domestique; *Vicarius.*
Escroc, escroquerie, voy. *Falsus creditor, Falsus procurator, Furtum improprium.*
Etymologie du mot *furtum*, voy. *Furtum.*
Eusèbe de Césarée, 60.
Evandre, 305; 306; 307; 312.
Eviction, 284; voy. *Auctoritas*, Garantie.
Ἐφήγησις, 144; 145 et sqq.; 191; 193.
Exactions, voy. *Repetundae.*
Exactissima diligentia, 350 et sqq.
Exception *doli mali*, 558; 562; 564; — *fraudis*, 558; 562-564; — *metus*, 563; — *rei in iudicium deductae*, 464; — *rei venditae et traditae*, 705; — *vitiosae possessionis*, 345.
Exceptions, 542; 544; 730; 731; — péremptoires, 544.
Exécution en droit grec, 194; — sur les biens, 187.
Exigere pecuniam, 447.
Exil, 421.
Extinction du droit déduit en justice, 463-464; — de l'action *furti*, voy. Mort; Pacte; Serment; Transaction.
Fabius, 809.
Fabius Buteo, 445.
Fabius Pictor (S.), 310.
Fabri tignarii, 18; 84.
Facere avec un mot abstrait pour sujet, 724; — *furtum*, 399; 488; — *posse*, 157.
Facinus, 582; 686; 687.
Factio testamenti, voy. *Testamenti factio.*
Falsus creditor, 551-554.
Falsus procurator, 216; 551-553; 577-578.
Familia (Délit commis par une —), 387; 391; 567-571; — par opposition à *pecunia*, 290.
Fannius Chaerea, 460 et sqq.
Fauni, 42.
Faute, voy. *Culpa, Custodia, Diligentia.*
Faux, falsification, 615-618.
Favorinus, 25.
Femme mariée, voy. Action *rerum amotarum; Dos.*
Feneratio, Fenerator, voy. Usure, Usurier.
Fermier, 379; 593-596; — des dîmes, 458; — du *portorium*, 450.
Festus, 40; 71; 74; 85; 86; 114; 203; 251; 266; 268; 438; 492; 684; 772; 775.

Fictions, 762.
Fictus possessor, 566; 583.
Fiducie, 277; 352; 581; 592; 671; 678.
Filet, 233.
Filiation des sources, 6 et sqq.
Fille de famille, *filia familias*, 621-632.
Fils de famille, *filius familias* (Vol commis par un —, 96 et sqq.; 366; 445; 596-609; 622-623; 625; 631; 674-677; 691-694. Vol d'un —, 107; 218; 789-791.
Flagellation, 420.
Flagitatio, 230; 422; 477.
Flagitium, 447 et sqq.; 448; 449.
Flagrance, 25; 142-145; 747 et sqq.; voy. *Furtum manifestum*.
Flexion, 763 et sqq.
Follis, 128.
Force majeure, 350; 355.
Formae, 768.
Forme personnelle dans l'énoncé des espèces, 550.
Formulaires de louages et de ventes, 239 et sqq.; 250-251.
Formule arbitraire, voy. Actions arbitraires.
Fortuna, 384.
Fraus, 427; 460 et sqq.; 462 et sqq.; 475; 562 563; 706-707; — *creditorum*, 465 et sqq.; 470 et sqq.
Frugem furtim pavisse ac secuisse, 61 et sqq.
Fufidius, 743.
Fuga, *fugitivus*, 106; 201; 382-383; 395; 440; 507 et sqq.; 632-644; 685; 690 et sqq.; 698-700; Acquisitions faites par le *fugitivus*, 640 et sqq.
Fulcinius, 599; 620; 624; 627; 631.
Fundus, voy. *Furtum fundi*.
Fullo, 349 et sqq.; 554 557; 712 713; 793; 802.
Fur (frelon), 429.
Fur (voleur *balnearius*, voy. *Balnearius*; — *diurnus qui telo se defendit*, 26 et sqq.; 185; 201; 310; 314; 316; 425; 652; — *nocturnus*, 22 et sqq.; 185; 200; 201; 411-412; 421; 427 et sqq.
Fur semper moram facere videtur, 349 et sqq.; 349; 378; 360 et sqq.; 500; 582; 585.
Furatrina, 417.
Furet, *furo*, 428; 699.
Furius (Jeux de mots sur —), 411.
Furti agere potest is cuius interest rem non subripi, voy. Légitimation.
Furtim, 62.
Furtis (De), voy. Sabinus.
Furtiva virgo, 218.
Furtivi amores, 411 et sqq.
Furtum. Conditions d'existence, 369 et sqq.; Définition, 430; 431; 432; 655; 682; 683; 709; 783; Elément matériel, voy. *Contrectatio*, *Ops*; Elément intellectuel, voy. *Animus*, *Consilium*; Ignorance ou opposition du *dominus*, 88 et sqq.; 176; 547-549; 553; 618; 702; 704; 707; 782-783; 787-789; Intention lucrative, 62; 383; 394; 499 et sqq.; 525; 535-537; 582; 616; 617; 703-704; Mauvaise foi, 94; 106; 129; 178; 204; 242; 246; 369; 397; 496 et sqq.; Objet, voy. *Res aliena*; *Res iacentes*; Permanence, 533. Sens abstrait ou concret, 487 et sqq.
Furtum cessationis, 475 et sqq.; — *conceptum*, 41 et sqq.; 106; 302; 486; 487; 492; 511; 652; 653; 656; 657; 659; 660; 661; 665; 666; 667; 669; 700; 737; 745; 746; 756; 757; 758; 759; 761; 762; 780; — *fundi*, 275; 378-379; 504; 585-593; 805; — *improprium*, 272 et sqq.; 279; 289; 292; 339; 345; 346; 370; 378; 387; 470; 472; 490; 498; 500; 548; 561; 609; 614; 625; 633; 643; 666; 667; 668; 669; 670; 671; 681; 705; 706; 710; 807; — *manifestum*, 41 et sqq.; 46; 48-49; 55 et sqq.; 143; 144; 177 et sqq.; 179 et sqq.; 190; 193; 200; 202; 213 et sqq.; 215 et sqq.; 219; 222; 223; 231; 310; 314; 315; 367; 425; 432; 473; 480; 486; 488; 489; 490; 492; 504; 505; 647; 652; 653; 656; 657; 661; 662; 663; 664; 665; 666; 667; 737; 747; 754; 757; 762; 780; — *manifestum lege, natura*, 667; 76; 91 sqq.; 780-781; — *non manifestum*, 70 et sqq.; 77 et sqq.; 185; 186-187; 188-189; 193; 202; 211; 214; 219; 308; 424; 480; 489; 490; 504; 505; 652; 700; 737; 746; 754; 757; 758; — *non prohibitum*, 490; 491; 658; 659; 660; 661; 662; — *oblatum*, 41 et sqq.; 486; 487; 490; 492; 652; 653; 656; 657; 660 661; 662; 663; 666; 667; 745; 756; 757; 758; — *possessionis*, 487; 491; 490; — *prohibitum*, 41 et sqq.; 48; 51 et sqq.; 144; 490; 491; 566 567; 658; 660; 661; 756 757; — *proprium*.

272 et sqq.; 292; 339; 340; 548; 668; 671; 705; — *publicum*, 438 et sqq.; voy. Péculat; Sacrilège; — *rei*, 287; 337; 347; 791; — *rerum hereditariarum*, 321; 322 et sqq.; 325 et sqq.; 571-574; 719; 797; — *suae rei*, 288; 519; 584; 683; 792-796; — *usus*, 106; 330 et sqq.; 337; 346 et sqq.; 365; 785-787.
Furtum fit possessionis, 323; 560; 564; 566; 609; 668; 680; 693-694; 719; 797; 798.
Furtum hereditati fieri non potest, voy. *Res hereditariae.*
Furvus, 426 et sqq.
Fustuarium supplicium, 419.

Gage, gagiste, voy. *Pignus.*

Gaius, 16 et sqq.; 33 et sqq.; 42 et sqq.; 56; 64; 73; 85; 91; 95; 98; 100; 256; et sqq.; 293-294; 333-335; 349 et sqq.; 355; 367; 378-379; 394 et sqq.; 400; 426; 435; 486; 535; 537; 547; 557; 572; 609; 618; 631; 655; 658; 659; 660; 661; 662; 663; 664; 666; 667; 676; 681; 682; 683; 693; 699; 704; 705; 706; 709; 730; 733; 735 806.

Garanus, voy. Recaranus.

Garantie, 280; voy. *Auctoritas;* Action *redhibitoria.*

Gellius (Cn.), 310; 317.
Genera deorum, 769; — *furtorum*, 337; 485 et sqq.; 539; 609; 654; 667; 681; 737 et sqq.; 742; 744 et sqq.; 762; — *possessionum*, 346; 769.

Génitif de prix, 157; 158; — explicatif, 478.
Gentiles, 767; 769.
Genus et *species*, 737; 738; 745; 768.

Geryon, 311; 315.

Gestion d'affaires, voy. *Negotiorum gestio.*

Gibier, 535.

Glossèmes, 551; 701; 718; 793.
Γνωρίσματα, 207.
Γόης, 228.

Gordien, 589.
Gradibus De, 232.

Grammaire, 762 et sqq.
Γραφή ἀνδραποδισμοῦ, 197; 221; — ἀσεβείας, 228; — δώρων, 226; — ἑταιρήσεως, 226; — κλοπῆς, 145 et sqq.; 149; 191; — παρανόμων, 234-235; — προαγωγείας, 226; — ὑποβολῆς, 230.

Hadrien, 580.

Hagiotheodorita, 551; 556; 569; 570.

Harménopule, 39; 73; 85; 96; 528.
Hasta, 128.

Hécatée d'Abdère, 648.

Héliastes, 148-149.

Hercule, 303-318.
Hereditatis petitio, voy. *Petitio.*

Hérédité jacente, 321 et sqq.; voy. *Res hereditariae.*
Heres, héritier, 321 et sqq.; 365; 568 et sqq.; — externe, 323; 325; — sien 471-472; — sien et nécessaire, 323.

Hermès de Tyndare, 450; 454.

Hexabiblos, voy. Harménopule.
Hoc ita, 608.

Horace, 424.
Hostilianae actiones, 118.

Hostilius, 118.
Hostis, 280 et sqq.; *Hostes*, 389.

Huile (Fabrication de l'—), 239 et sqq.

Hypothèque, 592; 620; 679.
Iacentes, voy. *Res iacentes.*

Ialebion, 304.

Iavolenus, 380; 540; 638; 673; 741.
Im (accusatif de *is*), 22-24.

Immeubles, 378.

Imprescriptibilité, 255 et sqq.
Imprudens; imprudentia, 384; 386; 637-638.

Impubères, 56; 63; 404-405; 425; 802-803.
Indebitum, 498 et sqq.; voy. *Condictio indebiti.*
Indicare, indicium, 206; 312-313; 698-700.

Indra, 303.

Infamie, infamantes (Actions —), 482-484.
Inferius, 738.
Infitiatio (Animus infitiandi), 204; 612-615; 711; — *depositi*, 370 et sqq.; 373-375; 375-378; 387; 711-712.
Inhibere, 730.
Iniuria, 21; 30; 67; 69; 102; 193.
In ius vocatio, voy. *Vocatio.*
In rem suam vertere, 576; 578.
Insciente domino, 496.

Institutes de Gaius (Composition et sources des —), 735-806.
Instrumentum fundi, 120.

Intendant, 507; 552.
Intentio de l'action *furti nec manifesti*, 389; 390; 563.
Intercipere, 576; 578.

Interdiction de l'eau et du feu, 229.

Interdit, 565; — fraudatoire, 467 et sqq.; 473 et sqq.; — *de liberis exhibendis, ducendis; de uxore exhibenda, ducenda*, 474; — *quod vi aut clam*, 340; — *quorum bonorum*, 327.

Interdits possessoires, 345; 370.

Interpolations dans le Digeste, 5 et sqq.; 33; 68; 274; 276-278; 295; 339; 342; 353; 354; 361; 366; 371; 373; 375; 376; 377; 393; 396; 397-398; 400; 401; 402; 405; 473; 496; 499; 502; 504; 505; 506; 510; 515-516; 518; 522; 527; 528; 529; 531; 533; 537; 542; 548; 550; 555; 561-562; 566; 569; 572-573; 585; 587; 593; 598; 600-609; 612; 615; 621; 622-623; 624; 628; 629; 632; 633; 637; 639; 643; 669; 687; 688; 695; 697; 699; 700; 703; 708; 710; 711; 713; 714; 716; 717; 718; 720; 721; 723; 724; 725; 728; 733; 753; 783; 794; 796; 801; — chez Caton, 238; 248; 249; — chez Gaius, 294; 736; — chez Plaute, 162; 163; 168; 171 et sqq.; 190; 197; Critères d' —, 277; 278; 373; 398; 400; 401; 510; 518; 544; 572; 612; 697; 716; 724; 753; 801.

Interprétation conjonctive ou disjonctive, 397; 399; 615; 618; 691.

Interruption de la possession, 319; — de l'usucapion, 781; voy. *Usurpatio.*

Interversio possessionis, 370; 374; 375; 379; 680.

Intransmissibilité active de l'action *furti*, 322; — passive de l'action *furti*, 732-733.

Invadere, 420.

Invito domino, voy. *Furtum.*

Invocation contre les voleurs, 203.

Involare, 420.

Ioannes Nomophylax, 571.

Ipse (chez Cicéron), 466.

Isidore, 283; 428 et sqq.; Sources d' —, 430 et sqq.

Iubere, 410.

Iudex, 555; 794; — *unus*, 409; 483; 546-547.

Iudicatus, 186; 758; 789; 790; 791.

Iudicium Cascellianum, 467; — *secutorium*, 467.

Iunius Brutus (M.), 256; 261 et sqq.; 273 et sqq.; 320 et sqq.; 329 et sqq.; 336; 337; 565; 766.

Ius abstinendi, 401; 471-472; — *respondendi*, 741; — *singulare*, 398.

Iusiurandum, voy. Serment.

Iussum domini (Délits commis par un esclave avec le —), 684-689.

Jeu (Lois contre le —), 222-223.

Julien (Salvius Iulianus), 96; 97; 98; 256; 258; 259; 269; 296; 362; 363; 405; 560; 567; 570; 584; 599; 626; 627; 635; 636; 637; 638; 641; 642; 649; 655; 664; 671; 672; 674; 688; 715; 717; 718; 727; 731; 749; 754; 786; 788; 795; 796; 797; 800; 801; 802; 803; 805; 806.

Jupiter *(Inventor)*, 308; 318.

Justinien, 15 et sqq.; 101; 256; 257; 258; 269; 277; 296; 333; 344; 349; 351; 402; 405; 497; 529; 535; 562; 572; 586; 606; 617; 622; 632; 634; 638; 659 660; 683; 700; 701; 704; 710; 720; 723; 737; 745; 751; 755; 756; 760; 766; 772; 783; 786; 789; 792; 793; 794; 799; 804. Voy. Interpolations.

Κακοῦργοι, 147 et sqq.; 202; 209.

Καρχηδόνιοι, 140-141.

Κλεπταί, 147 et sqq.

Κλέπτειν; κλοπή, 145-150; 194; 205; 208; 210; 211; 217.

Labéon, 18-19; 26; 35; 41; 56; 67 et sqq.; 102; 135; 278; 279; 287; 288; 322; 323; 329 et sqq.; 334; 351; 359; 374; 380; 381; 382; 383; 396; 397; 398; 399; 400; 401; 403; 404; 405; 406; 426; 427; 531; 539-609; 611; 612; 615; 618; 620; 632; 638; 650; 667; 672; 681; 685; 690; 705; 706; 707; 712; 721; 731; 734; 737; 738; 739; 740; 741-742; 744; 745; 746; 747; 756; 757; 760; 762; 765; 774-777; 778; 786; 791; 797; 798; 799; 800; 802; 805.

Labicum, 253, 266.

Laelius (C.), 124.

Lakinios, 303.

Latro, 428 et sqq.; 441.

Laverna, 78; 203; 419.

Légataire, 569.

Leges consecrationis, 452; — *locationis*, 239 et sqq.; — *venditionis*, 439 et sqq.

Leges imperfectae, 224.

Legirupa, 234.

Legis actio, voy. *Manus iniectio, Sacramentum.*

Légitimation active de l'action *furti*, 338 et sqq.; 348 et sqq.; 472; 493; 530 et sqq.; 619-620; 712-721; 799; 804; — passive de l'action *furti*, 405; 406; 802; — passive de l'action *ad exhi-*

bendum, de la revendication, voy. *Fictus possessor.*

Legs, 769; 772; — conditionnel, 723; 739; — d'usufruit, 718. Voy. *Statuliber; Vindicatio.*

Leguli, 239.

Lenaeus (Pompeius), 408.

Lenocinium, 224 et sqq.

Lepus (Etymologie de —), 430.

Lettres de Cicéron (Chronologie des —), 320 : 326.

Λεύκωμα, 235.

Lex sans épithète ni complément, 270; 295; — Acilia *repetundarum*, 386; 438; 447; — Aebutia, 657; — *agraria*, 459; — Appuleia, 121; — Aquilia, 37; 61; 67; 97 et sqq ; 393; 404; 688; 689; voy. *Damnum;* — Atinia, 81; 121; 255 et sqq.; 259 et sqq.; 329; 336; 342; 355; 356; 472; 497; 528; 531; 532; 669; 670; 692; 718; — Calpurnia, 444; 446; — Cincia, 121; 223-224; — Cornelia *de falsis*, 229; 616; 617; — Cornelia *de repetundis*, 447; — Cornelia *de sicariis et veneficis*, 36; 37; 444; — Didia, 115; — Fabia *de plagiariis*, 105 et sqq.; 114 et sqq.; 175 et sqq.; 285; 508; 548; 707; — Fannia, 115; — Fufia Caninia, 269; 286; — Furia *testamentaria*, 121; 262-263; — Hostilia, 117 et sqq.; Iulia *iudiciaria*, 657; 660; — Iulia *municipalis*, 482, 483-484; — Iulia *de peculatu*, 520; 576 et sqq.; — Iulia *repetundarum*, 286; 437; — Iulia *de vi*, 225; 256; 257; 270; 288; 294; 295; 582; — Iunia *repetundarum*, 446; — *lenonia*, 224; 225 et sqq.; — *Licinia*, 75; — *muneralis*, 224; 225; — Papia, 225; — Plautia, 256-257; 270; 288; 294; 295; 582; — Poetelia Papiria, 186; 187; — Publicia, 223; — Publilia, 121; — Scatinia (ou Scantinia), 225; 265; — Sempronia, 115; — Servilia, 447; — Titia, 225; — Villia, 303; — Voconia, 262 et sqq.; 265 et sqq.

Libera administratio (du pécule), 497; 642; 712.

Libertinus, 110.

Libri ad edictum, 661; 681; — de Paul, 783; — de Servius, 491.

Libri ad Sabinum, 322; 645 et sqq.; 665; 681; 783; 788; 798.

Libri ad XII Tabulas de Gaius, 16-22; 739; — de Labéon, 540; 739; — de Servius, 491.

Libri iuris civilis de Cassius, 664; 743; — de Q. Mucius, 321; 330; 334; 337 et sqq.; 340; — de Sabinus, voy. Sabinus.

Libri iuris pontificii, 310; — *pontificalium*, 309.

Licium, 40; 759; voy. *Quaestio.*

Ligna et carbones, 770.

Lignea custodia, 198.

Ligneae soleae, 199.

Lis, 58.

Lites sequi, 175.

Litis contestatio, 463-464; 521; 569; 570; 731; 732.

Locatio conductio, 251; 379; 512 et sqq.; 520; 554; voy. Actions *locati, conducti;* Fermier; *Locatio operarum*, 239; *Locatio operis faciendi*, 239; 513; 554; 557; 712.

Lucilius, 77-78; 409-411.

Lucrum cessans, 219; 340 et sqq.; 493; 499. *Animus lucri faciendi*, voy. *Furtum.*

Lutatius Catulus (Q.), 479.

Λωποδύται, 147; 209.

Macrobe, 22 et sqq.; 44; 52; 72; 182; 300; 302; 309; 313; 335; 771; Sources de —, 24.

Magie, 64; 227-228; 421-422.

Main, 420; — gauche, 419.

Mala fides, mauvaise foi, 275 et sqq.; 278; 496; 497; 498; 499; 532; 533; 536; 618. Voy. *Furtum.*

Mala fides superveniens non nocet, 525 et sqq.

Malédiction, 421.

Malignitas, malignus, 401.

Mamilius, 250; 251; 252.

Mancipation, 216; 217; 281; 632; 635; 678.

Mandatum, mandat, 464; 482-483; 550-554; 633; 634; 635; 636; 639; 640; 642; 643. Voy. *Falsus procurator.*

Manifestus (Etymologie de —), 488.

Manifestum (Furtum —), voy. *Furtum.*

Manilius (M'), 118; 237; 250; 252-253; 259; 261 et sqq.; 266; 273 et sqq.; 319 et sqq.; 329 et sqq.; 335; 336; 337; 440; 565; 766.

Manius, 247 et sqq.; 266.

Manlius (L.), Manlii, 246 et sqq.

Manlius Torquatus (T.), 252.

Manlius Vulso (P.), 250.

Manus iniectio, 145; 184; 185; 198; 225-226; 227; 229; 230; 231; 233; 234; 236; 368; 474; 676; — *depensi, iudicati*, 745.

Maraude, 126; 423.

Marc-Aurèle, 604.

Marcellus, 363; 529; 530; 542; 543; 578; 580; 797.

Marcien, 278; 580; 694.

Marcius Philippus (L.), 479 et sqq.

Mari (Détournements commis par le —), 612. Voy. Action *rerum amotarum*.

Mariage (Obligation de contracter —), 226; — avec *manus*, 630-631, 789; — sans *manus*, 631.

Marius (C.), 267.

Marque (Peine de la —), 482.

Marques de propriété, 480.

Marsyas, 310.

Martial, 10; 408-417; 424; 547.

Massa (Baebius), voy. Baebius.

Masurius Sabinus, voy. Sabinus.

Mela (Fabius), 599; 611-644; 670; 690; 740; 742.

Ménandre, 141.

Mendax, 410.

Merces, 239; 241; 243.

Meretrix, 106.

Messala, voy. Valerius.

Messes, moissons, 61 et sqq.; 593-596.

Méthode de l'histoire du droit romain, 1 et sqq.; 807-808; — d'interprétation des témoignages juridiques de Plaute et Térence, 133 et sqq.; 177-178.

Meubles, 378.

Milo (T. Annius), 29.

Minerva Capta, 452.

Minicius, 795.

Missio in bona, 471; 681.

Modestin, 694.

Modestus, consul, 113.

Moissons, voy. *Fruges*, *Messes*.

Molae, 770.

Mora, 363-364. Voy. *Fur semper moram facere videtur*.

Morbus, 776.

Mort (Extinction de l'action *furti* par la —), 732.

Motye, 304.

Mucius Orestinus (Q.), 442; 481.

Mucius Scaevola (Publius), 237; 259; 261 et sqq.; 330; 335; 336; 337; 766; 767; 768.

Mucius Scaevola (Quintus), 79; 219; 259 et sqq.; 261; 279; 320 et sqq.; 329; 334-335; 336; 337-357; 359; 371; 383; 485; 486; 489; 493; 562; 563; 614; 615; 738; 739; 766; 767; 768; 769; 770; 771; 772; 773; 785; 787; 799; 802.

Multa, 188; 189; 197; 419.

Mutare, 419.

Mutatio iudicis, 456.

Naenia, noenus, 228.

Natura, natura rerum, naturalis ratio, 760-762; 763; 772; 776; 777; 780; 781; 782.

Naturale debitum, 776.

Nauticum faenus, 579.

Nec, 70 et sqq.; 561.

Nec manifestum Furtum —, voy. *Furtum*.

Necesse habere, 349; 366; 801.

Necessitas, necessitudo, 384; 386.

Negatio, 204; 370 et sqq.; 613-615.

Negotiorum gestio, 545; 549 et sqq.

Neque, 760.

Neratius, 87 et sqq.; 380; 533-535; 549; 551; 555; 689; 738; 739; 783; 797; 806.

Nerva, 377; 380; 620; 626; 631; 694; 791.

Nervus, 199. *In nervo; in nervum*, 199; 368.

Nerum, 5; 7; 63; 251; 325.

Nigidius Figulus, 259; 260 et sqq.; 291; 355; 809.

Nisi, critère d'interpolation, 94.

Nola, 253.

Nominis delatio, 221.

Nonius, 77; 427-428.

Non solum, ... sed etiam, 683.

Nota censoria, 483.

Notae, voy. Marques.

Nox, pris adverbialement, 22 et sqq.; 200.

Noxa, 430-441.

Noxa caput sequitur, 96 et sqq.; 528; 685; 734; 752.

Noxalité, voy. Abandon noxal; Action *furti* noxale; Actions noxales.

Noxia, 18; 63; 98 et sqq.

Nuncupatio, 190; *Ex nuncupatione*, 199.

Oblatum (Furtum —), voy. *Furtum*.
Obligare furti, 495; 626.
Obligations indivisibles, 766.
Obtorto collo, voy. *Torquere*.
Occentatio, 230.
Occupation, 536; 704.
Octavenus, 569.
Officium iudicis, 721.
Offres de paiement, 364.
Ofilius, 326; 327; 485; 502 et sqq.; 525; 531; 534; 620; 769; 773; 774; 776.
Olea, oleum, 239 et sqq.
Olives (Cueillette des —), 239.
Omnis, 158; 603.
Onus aversum, voy. Action *oneris aversi*.
Ope consilio, 129; 385; 406; 615 et sqq.; 691; 798.
Opera et consilio, 391.
Operarii, 239.
Ops, 374; 385 et sqq.; 388 et sqq.; 612.
Ordre de voler, 96 et sqq.
Origo gentis romanae, 305; Sources de l' —, 306.
Orose (Sources d' —), 445.
Ostentum, 776.
Ovide, 316; 414-417; 423; 452-453.
Paconius, 351.
Pacte (Extinction de l'action *furti* par un —, 75-76; 730-732; voy. Transaction.
Pacuvius, 251.
Pacuvius Labeo, 351.
Papinien, 278; 362; 403; 580; 629; 669; 722; 723; 725.
Parasite, 231 et sqq; 236.
Pari, 225; 613.
Parjure, voy. Serment.
Participation, voy. Complicité.
Partus ancillae furtivae, 526-535.
Paterfamilias, 596 et sqq.; voy. *Filius familias*.
Patron, 169.
Paul, 36; 37; 45; 46; 81; 87 et sqq.; 91; 93; 94; 95; 108; 110; 112; 269; 272; 273; 276-278; 285; 287; 362; 364; 367; 370; 371; 372; 375; 380; 397 et sqq.; 500; 502; 516; 518; 522; 547; 567; 569; 572; 575; 579; 598; 608; 611; 625; 626; 627; 631; 632; 633; 635; 637; 638; 639; 642; 645; 650; 653; 654; 655; 656; 663; 664; 665; 666; 669; 670; 679; 680; 681; 684; 691; 693; 697; 702; 720; 721; 729; 732; 733; 735; 736; 745; 746; 752; 755; 756; 759; 766; 769; 773; 776; 778; 783; 787; 792; 794.
Pavo mansuetus, 619.
Péculat, 437 et sqq.; 451 et sqq.; 575-580; 650; 651; — municipal, 579-580.
Pécule, 439; 496 et sqq.; 515; 541; 597-609; 622; 623; 624; 636 et sqq; 642; 650; 679.
Pecunia, 290; — *privata, publica*, 577 et sqq.; — *traiecticia*, 576; 579.
Pédérastie, 225.
Pegasus, 380.
Peine conventionnelle, 241.
Peine de mort, 228.
Penus, 767; 770; 772; 773.
Percennius, 247; 249; 253.
Perdere, 554.
Pérégrins, 280; 281.
Péremption d'instance, 556.
Periculum, 351; 352; 355.
Perimere, 361; — *actionem*, 544.
Péripatéticiens, 765.
Perire, 191; 361; 381.
Perpétuation (de la *condictio ex causa furtiva*), voy. *Fur semper moram facere videtur*.
Perquisition, voy. *Quaestio; φώρα*.
Perte de la chose due, 514; voy. *Custodia*.
Pertinere, quia..., 753.
Pervasio, 431.
Petitio hereditatis, 409.
Pétrone, 10.
Philologie à Rome, 762 et sqq.; 765 et sqq.
Phèdre, 10; 546-547.
Philtres nuisibles, 227-228.
Pignori dare, 592.
Pignoris capio, 577.
Pignus (Vol portant sur un —, 244; 374; 470; 471; 496 et sqq.; 557-564; 612-613; 619-620; 670-671; 677-681; 713-714; 791-796; 800.
Pilori, 149.
Piste (Suite du voleur à la —), voy. Chasse.

Πίνακες *libri*, 540.

Plagiaire, plagiat, 78; 209-210; 408; 409.

Plagium, 105 et sqq.; 116; 176; 197; 229.

Plaute, 133-236; 271; 272; 434; 658; 687; Prologues de —, 271.

Plautius, 380.

Pline l'Ancien, 24; 25; 61-67; 74; 98; 252; 264; 302; 656; 770; Sources de —, 64.

Pline le Jeune, 649.

Pluriel, critère d'interpolation, 278; 510.

Plus petitio, 80.

Πολυκάκη, 149; 199.

Poena capitis, 452; voy. *Capitale crimen*.

Poena dupli, 63; 69; 73 et sqq.; 87; 91 et sqq.; 155 et sqq.; 188 et sqq.; 212; 722; 724; 758; — *quadrupli*, 54; 55; 61; 73; 90; 213 et sqq.; 215 et sqq.; 217 et sqq.; 222 et sqq.; 224; 225; 227; 228; 229; 230; 231 et sqq.; 233; 236; 367; 433; 437; 653; 656; 661; 722; 724; 759. Voy. *Quadruplatores*; — *tripli*, 46 et sqq.; 54; 486; 621; 653; 656; 759. Calcul de la —, 722 et sqq.

Poena temere litigantis, 49; 235.

Poenulus de Plaute, pp. 140-200; 434; Analyse du —, 150 et sqq.; Composition du —, 195; Contamination du —, 149 et sqq.; Dénouements du —, 172 et sqq.; Imitations du —, 178.

Poids (Faux —), 617 et sqq.

Pomponius, 37; 38; 236; 270; 338; 341; 346; 355; 356; 426; 525 et sqq.; 533; 534; 542; 557; 561; 562; 563; 646; 654; 656; 677; 690; 694; 799; 733; 738; 740; 742; 750; 754; 774; 777; 783; 788; 806.

Pontifex, 767.

Portorium, 450.

Possession, 255; 272; 285; 3[illegible]9; 3[illegible]; 370 et sqq.; 375; 553; 559-560; [illegible] 566; 580; 581; 582; 608; 614; 6[illegible]; 634; 674; 668; 680; 681; 68[illegible]; [illegible] 694; 718; 719; 769; 776; Éléments de la —, 565; 566; — vicieuse, — de bonne foi, 569; 673; 792 796. Voy. *Bonorum possessio*, *Furtum possessionis*, *Furtum fit possessionis*, *Interversio possessionis*.

Posteriorum libri de Labéon, 540; 741.

Postliminium, 120; 731; 767; 771.

Potestas, puissance, 264; 672; 673; 799.

Poursuite du voleur à la piste, 180-181; 299 et sqq.; 303 et sqq.; 481.

Praecones, 116.

Praeda, 448-449; — *belli*, 457

Praetor, 555; 794.

Préfet des vigiles, 582; — de la ville, 421.

Priape, *Priapea*, 423 et sqq.

Primes aux accusateurs, 232 et sqq.

Prisons privées, 199.

Procédure de l'action *furti nec manifesti*, 77 et sqq.; 483; 541 et sqq.; — contre les absents, voy. Absence.

Proculiens, 98; 377; 794; 7[illegible]; 737; 764; 765; 778; 779.

Proculus, 380; 583; 584; 585; 611; 620; 626; 629; 631; 701; 702; 717; 740; 741.

Procurator, 117; 552; 674. Voy. *Falsus procurator*; Mandat.

Prohibitio, 48; 96 et sqq.; 204-205; 547-549; 757; voy. *Furtum*.

Prohibition d'usucaper, 255 et sqq.

Proletarius, 657.

Prométhée, 479.

Properce, 315; 413-414.

Prophylactiques (contre le vol), 423

Proportio, 77[illegible]; 779; voy. Analogie.

Propriété prétorienne, 255; 278; 793 et sqq.; — quiritaire, 278.

Πρόστιμος, 169.

Προστάτης, 146; 194; 212 213

Πρόστιμον, 149.

Provocation, 389; — d'un esclave à la fuite, 690 et sqq.

Psellus (Michel), 269.

Puberes, 56; 65; 802; Age de la puberté, 778.

Pubertati proximates, 405; 802 803.

Publicains, 114; 575.

Publicum, 457

Publilius Syrus, voy. Syrus.

Publius Mucius Scaevola, voy. Mucius.

Pupille, voy. Tutelle.

Purum putum, 773.
Quadruplatio, quadruplator, 231-236.
Quaerere, 476.
Quaestio, 482; — *furti*, 299 et sqq.; 315; 443 et sqq.; 476; 481; 581; — *inter sicarios*, 444; — *lance licioque*, 40 et sqq.; 72; 180 et sqq.; 182; 183; 196; 657; 658; 660; 759; 760; — *legis Fabiae*, 112 et sqq.; 115 et sqq.; — *peculatus*, 580; — privée, 444 et sqq.; — solennelle ou amiable, 47 et sqq.; 182; 659; 660.
Question (appliquée aux esclaves), 135; voy. Torture.
Questure (Age requis pour aspirer à la —), 303.
Quia (suivi du subjonctif), 505; 600; 607; 627.
Quid enim si...? Quid ergo si...? 695.
Quintilien, 31; 455; 763; 772; 778; 779.
Quintus, 383.
Quintus Mucius Scaevola, voy. Mucius.
Quod ad, 728.
Rapere, 279.
Rapina, 207; 314-315; 353; 448-449; 588-589; 795; 803-805; 807; voy. Action *bonorum vi raptorum*.
Ratio, 763; 766; 767; 769; 774; 775; 777; 779.
Ratiocinatio, 770; voy. Analogie.
Recaranus, 306 et sqq.
Recel, 511; 695; 698-700; 748.
Receptatores, 61.
Reciperatio, 280.
Recipere (fugitivum), 507 et sqq.; 633; 708.
Récupérateurs, 483; 545-547.
Reddere (Sens de —), 559; 581; 612.
Redevances illégales, 450.
Redemptor, 239 et sqq.; 243 et sqq.; 251.
Redimere, 120; 487.
Refus de restituer, 204; voy. *Infitiatio*, *Negatio*.
Regulae, 337; 485.
Regulus (M. Atilius), 119.
Remise de dette, 556.
Repetere, repetitio, 500.
Repetitio plus debito soluti, 602-605.
Repetundae, 386; 438; 444; 446; 447; 451 et sqq.; 459; 482.
Replicatio, réplique, voy. Exception.
Représentation, 464.
Répression domestique du *furtum*, 202; 366; 367; 442 et sqq.; 445; — de la supposition d'enfant, 229.
Res alienae, 274; 276; 700-704; 784; 789-799; — *amotae*, voy. Action *rerum amotarum*, *Retentio ob res amotas*; — *creditae*, 314; — *furtivae*, 81; 272 et sqq.; 282 et sqq.; 288; 289; 292; 296; 314; 324; 472; 525; 528; 670; — *hereditariae*, 322 et sqq.; 571-574; 719; 797; — *iacentes*, 120; 121; 127; 206; 324; 536; 648; 702-704; — *mancipi, nec mancipi*, 279; 290; 357; 500; 532; — *nullius*, 274; 276; 323; — *sacrae*, 453; — *subreptae*, voy. *Subreptio*; — *vi possessae*, 53; 270; 288; 294; 589.
Respondi, respondit (chez Alfenus Varus), 491; 495.
Responsa, 275; 485; 516; 550.
Retentio ob res amotas, 621.
Rétroactivité des lois, 260 et sqq.; 292; 296; 355-356.
Revendication, 87 et sqq.; 93; 280 et sqq.; 342; 521 et sqq.; 554-555; 583; 584; voy. *Vindicatio*.
Reversio au volé ou au *dominus*, 285 et sqq.
Révolte (Provocation à la —), 389.
Rhéteurs, rhétorique, 29; 384; 455; 766.
Rhétorique à Herennius, 456.
Ridiculus, 760.
Risques (Théorie des —), 514 et sqq.
Roscius (Q.), 460 et sqq.; Plaidoyer de Cicéron pour —, 461-474.
Roscius d'Ameria (S.), 459; 483.
Rumpere, 271; 273.
Sabiniens, 723; 730; 764; 765; 778.
Sabinus (Caelius), 706; 739; 741; 742.
Sabinus (Masurius), 9 et sqq.; 16; 33; 35; 37; 41; 42; 43; 56 et sqq.; 64; 65; 67; 73; 79; 85; 98; 103; 121; 183; 259; 269; 279; 280; 287; 288; 323; 339; 342; 350; 354; 357; 359; 360; 362; 363; 364; 365; 367; 370; 371; 372; 373; 374; 377; 378; 379; 380; 382; 383; 393; 394; 395; 398; 405; 427; 436; 437; 441; 471; 472; 486; 502; 504; 530; 531; 534; 535; 537; 541; 545; 547; 548-549; 551-554; 557; 559; 560; 562; 563; 564; 567; 584; 586; 587; 588; 589; 590; 591; 598; 599; 600; 605;

608; 613; 614; 616; 618; 619; 620, 625; 626; 628; 632; 633; 635; 636; 637, 638; 639; 640; 641; 642; 643; 644; 645-734; 737; 738; 739; 740; 741, 742; 743; 744; 745; 746; 747; 749; 754; 755; 756; 757; 758; 760; 762; 765; 777-780; 781; 782; 783; 786; 789; 790; 792; 797; 799; 800; 801; 802; 803; 805; Le *De furtis* de —, 646-653; Les *Libri iuris civilis* de —, 646; 651; 653-655; 678; 681.

Sacramentum (L. a. per), 385.

Sacramentum militare, 125.

Sacrilège, *sacrilegium*, 55; 449; 450; 451; 452; 453; 454; 455; 456; 457, 576.

Saepe, 162, 665.

Saignée, 130.

Salluste, 408.

Sarcinator, 349 et sqq.; 554; 793; 802.

Saturius (P.), 462.

Saturninus (Quintus), 383.

Saufeius, 511; 512.

Scaevola, voy. Cervidius; Mucius.

Scaurus (M. Aemilius), 388; 389.

Scaurus (Q. Terentius), 23.

Scie circulaire, 443.

Scropha, voy. Tremellius.

Séduction, 106; 226; 417.

Seges per furtum caesa, 62; 70.

Segetem pellicere, 64.

Sénatusconsulte Claudien, 368; — Juventien, 522; 569.

Sénèque le Rhéteur, 29 et sqq.

Séquestre, 374; 613.

Serment nécessaire, 542; — purgatoire, 162; 241; 246; 301; 314-315; 543; — des recrues, 123 et sqq.; 242; 246; — volontaire, 543.

Serviens, servire, voy. *Bona fide serviens*.

Servilius C., 451.

Servilius Rullus (P.), 459.

Servius Sulpicius, 99 et sqq.; 326; 327; 328; 337; 359; 360; 367; 371; 391; 423; 485 et sqq.; 489 et sqq.; 525; 543; 609, 611; 658; 659; 681; 704; 737; 738; 739; 740; 742; 744; 745; 746; 747; 755; 756; 757; 765; 770 775; 776; 777; 781. Les *Libri ad edictum* de —, 491; — *ad leges XII Tabul.*, 492. Les *Reprehensa Scaevolae capita*, 492.

Servius Honoratus, 25; 55; 72; 308; 314; 420; 428; 431; 435.

Servus, voy. Esclave.

Sic, sic enim, 277; 400.

Signa, voy. Marques.

Siliginarius, 549.

Silius Nerva (P.), 326 et sqq.

Sinistra Manus —, 419.

Si quidem, 572.

Sisenna, 35.

Societas, socius, 240; 241; 448; 449; 464; 465; 468; 700; 772; — *furum*, 479; — *omnium bonorum*, 619; — *publicanorum*, 114; 449.

Solet, 600.

Soli (Cilicie), 304.

Solon, 646; 651.

Sorcellerie, voy. Magie.

Sources juridiques, 3; — littéraires, 3.

Soustraction, 208; 210; 211; 272 et sqq.; 285 et sqq.; 292; 400; 505; 548; 667; 742; 750. Voy. *Furtum proprium*, *Subreptio*.

Sparte (Vol à —), 648-649.

Species et *genus*, 737; 738; 768.

Spécification, 727.

Spica, 594.

Sponsio, 451; voy. Pari.

Statuliber, 573-574; 722-725.

Stipula, 594.

Stipulation, 673; — *duplae*, 216-217.

Stoïciens, 765.

Strictores, 269.

Style des Maucreux, 426.

Subreptio, subreptio, 12; 121; 240; 241; 246; 272 et sqq.; 279; 285; 286; 296; 339; 340; 364; 370; 378; 382; 422; 431; 497; 525; 528 et sqq.; 532 et sqq.; 548; 557; 561; 584; 595; 630; 679; 681; 682; 689; 705; 740; 744; 803, 807; voy. Soustraction.

Subripere, subrumpere, 271 et sqq.

Subrogation réelle, 641; — à la qualité de res *furtiva*, 727.

Succession à l'action *furti*, 321 et sqq.; voy. Transmissibilité.

Sui iuris, 65; 107; Vol portant sur des —, 218.

Sulpicia, 423.

Summarilla, 237; 253.

Supellex, 772.

Supplicium, 172; 197; — servile, 308.

Supposition d'enfant, 228-230.
Suppressio, supprimere, 111.
Surpere, 271.
Surrepticius, surrupticius, 271.
Sycophante, συκοφαντία, 234-236.
Syrus (**Publilius**), 408.
Tabulae (Vol de —), 722.
Talion, 235.
Tangere, 503.
Tarchon, 310.
Tauromachie, 395.
Telum, 17 ; 34 et sqq.
Témoins, voy. *Testes*.
Térence, 133 et sqq. ; 271 ; Prologues de —, 209-210.
Terentius Lucullus (**M.**), 804.
Terminare, 753.
Terminologie juridique, 136.
Testamenti factio, 327.
Testes, 154 et sqq. : 181 : 196 : 300 et sqq. : 312 : 425 : 659 : 660 : 661 : voy. *Antestatio*.
Thallus, 420.
Thensaurus, 121 : 273 et sqq. : 276 et sqq. ; 564-567 : 703.
Thensaurarius (Fur —), 203.
Theodorei, 764.
Théophile, 59 ; 634 ; 658 ; 659 ; 745 ; 751 ; 789.
Thesmothètes, 148.
Tibulle, 413 ; 423.
Tignum, 18 ; 84 ; — *furtivum aedibus iunctum*, 45 ; 81 et sqq.
Tiron, 475 et sqq.
Tite-Live, 311.
Τοιχωρύχοι, 147 : 202.
Topiques (de Cicéron), 327 ; 328 ; 767-768.
Torquere collum, gulam, 184 : 314.
Torture, 135 : 198 : 581.
Trace (Suite à la —) du voleur, voy. Chasse au voleur.
Tractare, 503.
Tradere, 347.
Tradition, 632 ; 635 ; 678 ; — *brevi manu*, 642.
Traditions juridiques, 12
Trahison (Provocation à la —), 389.
Trajan, 580 ; 617.
Transaction, 75-76 ; 198 ; 241 ; 461 et sqq. ; 463 ; 465 ; 730-732.
Translatio iudicii, 456 : 523 ; 611 ; 675.
Transmissibilité active de l'action *furti*, 321 ; 322 et sqq. : 568-571.
Transport (Contrat de —), 513 ; 579.
Transposition au style indirect des *leges XII Tabularum*, 44 ; 66 ; — des témoignages de jurisconsultes, 550 ; 639.
Trebatius Testa, 135 ; 319 ; 320 et sqq. ; 326 et sqq. : 357 ; 502 : 503 ; 504 : 525 et sqq. ; 582 ; 672 ; 739 ; 767.
Tremellius Scropha, 182 ; 299 et sqq. ; 301-302 ; 314.
Trésor, voy. *Thensaurus*.
Tres viri capitales, 147 ; 234 ; 411.
Tribuns militaires, 124 ; 125 et sqq.
Truculentus (Date du —), 223.
Tryphoninus, 79 ; 360 et sqq. ; 669 ; 711 ; 728 ; 783.
Tubero (**Aelius**), 602.
Tullius (**M.**), Plaidoyer de Cicéron pour —, 26 et sqq.
Turpilia, 327 et sqq.
Tusculum, 266.
Tutelle, tuteur, 79 et sqq. ; 476 ; 520 ; 668 ; 669 ; 738 ; 739 ; 768 ; 773 ; — de la femme, 327 : 357 : 532.
Ulpien, 36 ; 37 ; 38 ; 40 ; 75 ; 76 ; 84 ; 85 ; 92 ; 94 ; 95 ; 96 ; 108 ; 110 ; 112 ; 256 ; 342 ; 345 ; 350 ; 351 ; 352 ; 354 ; 355 ; 362 ; 363 ; 364 ; 366 ; 390 ; 393 ; 394 ; 396 ; 398 ; 402 ; 405 ; 471 ; 472 ; 502 ; 529 ; 530 ; 531 ; 541 ; 542 ; 543 ; 549 ; 550 ; 551 ; 559 ; 560 ; 561 ; 571 ; 572 ; 573 ; 574 ; 579 ; 584 ; 585 ; 586 ; 587 ; 590 ; 591 ; 592 ; 597 ; 598 ; 599 ; 600 ; 601 ; 605 ; 606 ; 607 ; 608 ; 612 ; 613 ; 614 ; 615 ; 617 ; 619 ; 628 ; 629 ; 634 ; 645 ; 650 ; 654 ; 656 ; 661 ; 663 ; 664 ; 669 ; 670 ; 673 ; 674 ; 675 ; 677 ; 678 ; 679 ; 680 ; 685 ; 691 ; 692 ; 693 ; 694 ; 695 ; 696 ; 697 ; 698 ; 700 ; 701 ; 702 ; 703 ; 704 ; 706 ; 707 ; 708 ; 709 ; 710 ; 711 ; 712 ; 713 ; 714 ; 715 ; 716 ; 717 ; 720 ; 722 ; 724 ; 725 ; 726 ; 727 ; 728 ; 732 ; 733 ; 740 ; 742 ; 749 ; 750 ; 753 ; 769 ; 772 ; 776 ; 783 ; 786 ; 788 ; 790 ; 794 ; 795 ; 800 ; 801 ; 802 ; 805.
Ὑποβολιμαῖος, 229.
Usucapion, 255 et sqq. ; 273 et sqq. ;

280 et sqq. ; 356-357 ; 496 et sqq. ; 526 et sqq. ; 796-799 ; — des *aedes*, 295 ; — *pro emptore*, 527 ; 532 ; — *pro herede*, 323-324 ; 325 ; 328 ; 329 ; 797-798.

Usufruit, 715-720 ; 794.

Usure, usurier, 73 ; 81 ; 223 ; 232-233 ; 449 ; 453.

Usureceptio fiduciae, 324 ; 797-798 ; — *ex praediatura*, 324.

Usurpatio, 319 ; — *trinoctii*, 325.

Usus ; uti, 245 ; Servitude d'—, 717.

Usus auctoritas, 280 ; 283.

Utendum, 351 ; 785 ; voy. *Commodatum*.

Vades ; vadimonium, 212 ; 545-547 ; *Vad. recuperatoribus suppositis*, 546-547 ; 611.

Valère Maxime, 331 ; 334.

Valerius Antias, 408.

Valerius Messala, 423.

Valerius Probus, 24 ; 25.

Varius (Q.), 388-389.

Varius Lucullus, 672.

Varro (M. Terentius), *Varroniana*, 7 ; 23 ; 32 ; 35 ; 56 ; 64 ; 67 ; 85 ; 103 ; 118 ; 250 ; 252 ; 301 302 ; 306 ; 335 ; 372 ; 425-441 ; 453 ; 575 ; 576 ; 684 ; 685 ; 771 ; 773 ; *Res divinae*, 427 et sqq. ; *Res humanae*, 428 ; *Res rusticae*, 250 ; 429 ; *Libri iuris civilis*, 426 ; 430.

Vel, 603.

Venditio bonorum, 474.

Veneficium, venenum, 227 ; 228.

Vengeance privée, 367.

Vente, 216 ; 496 ; 670-671 ; 697 ; 727 ; 778-779 ; Formulaires de —, 250-251 ; 439 et sqq. ; — d'un esclave avec son pécule, 602 et sqq.

Venuleius, 270 ; 288 ; 295.

Veranius, 309 ; 311.

Verberatio, 56 ; 60 ; 63 ; 201-202 ; 203 ; 419 ; 477.

Verrès, Verrines, 193 ; 262 et sqq. ; 391 ; 447 et sqq. ; 450 ; 451 et sqq. ; 457 ; 458.

Verrius Flaccus, *Verriana*, 32 ; 64 et sqq. ; 85 ; 100 ; 103 ; 306 ; 308 ; 309 ; 335 ; 436 ; 437 ; 438 ; 453.

Vestigii minatio, 181 ; 300.

Vetare, veto, 709.

Veteres, 18 ; 55 ; 183 ; 337 ; 339 ; 343 ; 353 ; 359 et sqq. ; 485 ; 532 ; 580 ; 591 ; 595 ; 609 ; 646 ; 643 ; 667 ; 668 ; 677 ; 685 ; 689 ; 691 ; 746 ; 758 ; 766 ; 777 ; 781 ; 785 ; 786 ; 789 ; 791 ; 805 ; Langue des —, 516.

Vetustas, 763 ; 774 ; 779.

Vibennius, 420.

Vicarius (Servus —), 633 et sqq.

Vices cachés, 441 ; 693.

Videri ; videtur, 537 ; 738.

Vigne (Culture de la —), 85-86 ; 748.

Vin myrrhé, 770.

Vindicatio, 385 ; 390-391 ; 686 ; — *rei*, 206 ; 340 ; — *in libertatem*, 107 ; 140 ; 166 ; 194 ; 197 ; Legs *per vindicationem*, 718 ; 723.

Violence, *Vis*, 384 ; *Vis divina*, 355 ; voy. *Res vi possessae*.

Virgile, 311 ; 413 ; 423 ; 432.

Virginie, 296.

Vitellius, 740.

Vocatio in ius, 77 et sqq. ; 169 ; 184-185 ; 192 ; 217 ; 219 ; 221 ; 380-381 ; 387.

Voconius Saxa (Q.), 265-266 ; voy. *Lex Voconia*.

Vœux législatifs, 225.

Vol, voy. *Furtum* ; — à l'armée, 175 et sqq. ; — *inter commilitones*, 130 ; — domestique, 202-203 ; voy. Esclave ; Fils de famille ; Répression domestique ; — en droit grec, 142-150 ; — [illegible], 143 ; — flagrant, voy. *Furtum manifestum* ; — de jour, voy. *Fur diurnus* ; — de nuit, voy. *Fur nocturnus* ; — de serviettes, de vêtements, 418 et sqq.

Volonté, voy. *Animus* ; *Consilium* ; *Furtum*.

Voluntatem habere, 708.

Vritra, 303.

Vulcain, 308 ; 311.

[illegible], 234.

[illegible], 143 ; 497 ; 699.

[illegible], 143 et sqq. ; 191 ; 300 ; 601.

[illegible], 289.

TABLE DES TEXTES CITÉS

Accius (Ribbeck, *Tragicorum fragmenta*)
429 — 99

Acro
in Horat. *Carm.*,
II, 13, 21 — 427

Anthol. latina
1, 10 — 417
1, 13 — 417
1, 21, vv. 122 et sqq. — 445

Antiphon
de caede Herod.
9 — 146

Anton. Liberalis
metam.
23, 3 — 307

Apollod. (Kock, *Comic. att. fragm.*)
III, p. 292, 1 — 211

Apollod.
biblioth.
II, 109 — 304
II, 110-111 — 304

Apuleius
apol.
42 — 809
met.
2, 29 — 72
3, 3 — 72
6, 13 — 417
6, 15 — 755
8, 3 — 417
8, 10 — 417
10, 12 — 72
10, 14 — 417

Aristophanes
Acharn.
271-275 — 201
Aves
497 — 211
Eccles.
275 — 211
438 — 211

Aristophanes
Eccles.
565 — 211
608 — 211
661 — 211
667 — 211
Eq.
102 — 211
110 — 211
296-298 — 162; 211
370 — 211
420 — 211
424 — 162
436 — 211
444 — 211
705 — 199
1030 — 211
1049 — 199
1147 — 211
1204 — 211
1224 — 210
1226 — 210
1239 — 162; 211
1252 — 211
Lysistr.
490 — 211
Nub.
591 — 199; 211
758 — 192
770-779 — 192
Pax
402 — 211
414 — 211
731 — 211
Plut.
27 — 211
165 — 211
204 — 211
356 — 211
369-370 — 206; 211
372 — 208
388 — 211
565-566 — 208; 211
606 — 199

Aristophanes
Plut.
665 — 211
910 — 211
939 — 211
1141 — 211
Ranae
605 et sqq. — 201; 211
611 — 211
612-614 — 162; 211
772 — 211
773 — 211
808 — 211
1075 — 211
1343 et sqq. — 300
Thesm.
340 — 229
406-407 — 230
502 et sqq. — 230
564-565 — 230
811 — 210
813 — 211
817 — 211
818 — 211
894 — 211
1112 — 211
Vesp.
57 — 211
238 — 211
354 — 211
357 — 211
363 — 211
449-451 — 201; 211
759 — 211
928 — 211
932 — 211
953 — 211
1100 — 210
1227 — 211
1369 — 211
1447 — 211

Arnobius
adv. gentes
5, 9 — 417
5, 22 — 417
5, 27 — 417

Asconius
in Scaurianam
1, 3 — 389

Asconius Pseudo-)
in Cic. *Divin.*,
7, 24 — 232
in Cic. *Verr.*, II.
1, 42, 109 — 263
in Cic. *Verr.*, II.
2, 7, 21 — 232

Athenaeus
1, p. 1 c — 35
14, p. 623 e — 35

Auctor ad Herennium
1, 2, 3 — 766
1, 12, 22 — 456
1, 13, 23 — 199; 769
2, 12, 17 — 769
2, 26, 41 — 236; 479
4, 16, 23 — 227
4, 27, 37 — 447
4, 45, 59 — 769
4, 51, 64 — 495
4, 51, 65 — 236; 479

August.
de civit. Dei
4, 27 — 345; 769
quaest. in Heptat.
2, 84 — 31

Auson.
epigr.
89 — 225

Basilica
2, 2, 12, 1 — 545
2, 2, 13 — 544
2, 2, 119 — 356
2, 2, 207 — 269
2, 3, 23 — 354
7, 5, 56 — 674; 675
10, 3, 21 — 542; 544
12, 1, 45 (et les schol.) — 700
13, 1, 5, 2 — 352
13, 2, 11, sch. 1 — 710; 712
13, 2, 11, sch. 2-3 — 710
13, 2, 11, sch. 4 — 710; 712
13, 2, 11, sch. 5 — 710
14, 1, 22, 9 — 632
14, 1, 22, 9, sch. 10-11 — 634
15, 1, 58, sch. 150 (Suppl. Zachariae) — 521
15, 4, 6 (Ibid.) — 91
15, 4, 15 (Ibid. — 564
18, 5, 3, 12 (Ibid.) — 597
19, 8, 30 (Ibid.) — 602
20, 1, 60, 2, et sch. 3 — 554

Basilica
20, 1, 65, 5, et sch. 6 — 595
20, 4, 17, 5 — 613
21, 3, 7, sch. 1 — 661
23, 1, 31, 1, et sch. 2 — 636
23, 1, 31, 1, et sch. 3 — 636 : 642
23, 1, 31, 1, et sch. 4-16 — 636
24, 1, 15 — 581
24, 2, 6 — 342
24, 2, 6, sch. 1 — 344
24, 2, 9 — 501
24, 6, 36 — 494 : 495
24, 8, 8 — 587
25, 1, 1 (et les schol.) — 679
25, 1, 3, sch. 1-2 — 558 : 561
25, 1, 4 — 670
25, 1, 35 — 677
26, 5, 98, 8 — 92
28, 11, 1 — 626
28, 11, 3, 4 — 621
43, 3, 13 — 671
48, 5, 15, pr. et sch. 1 — 772
48, 8, 24, 4 — 612
50, 2, 2, 18 — 374
50, 3, 4, 7 — 287
50, 3, 4, 9 — 287
50, 3, 23 — 270 : 357
50, 3, 33 — 718
50, 3, 34 — 496 : 809
52, 1, 19 — 686
53, 1, 31 (Suppl. Ferrini) — 517
53, 1, 83, 7 — 364
60, 3, 5, 2, sch. 7-13 — 405
60, 3, 27, 21, sch. 64-68 — 393
60, 5, 31, sch. 1 — 729
60, 5, 31, sch. 5 — 730
60, 5, 35 — 674
60, 6, 16 — 506
60, 10, 4 (et les sch.) — 606
60, 10, 5 — 598
60, 10, 19 — 625
60, 10, 20 (et les sch.) — 361

Basilica
60, 11, 1, sch. 7 — 570 : 571
60, 12, 1, 2, et sch. 3-5 — 375
60, 12, 6, sch. 1 — 663
60, 12, 6, sch. 6 — 665
60, 12, 12, pr. — 7[illegible]3
60, 12, 14, 14 — 350
60, 12, 17, pr. — 367
60, 12, 17, sch. 1 — 367 : 730
60, 12, 17, sch. 3 — 731
60, 12, 17, 2 — 697
60, 12, 19, 6 et sch. 5, 6, 7 — 560
60, 12, 21, pr et sch. 1 — 502 : 505
60, 12, 21, sch. 5-6 — 505
60, 12, 21, 8, sch. 15, 16, 17 — 503
60, 12, 25, pr. — 586
60, 12, 25, 1, sch. 1 — 586
60, 12, 27, pr. — 722
60, 12, 27, sch. 5 — 725
60, 12, 33, et sch. 1 — 668
60, 12, 36, pr. — 690
60, 12, 36, sch. 1 — 691
60, 12, 36, sch. 7 — 690
60, 12, 36, 8 — 695
60, 12, 37 — 619
60, 12, 41, 2 — 732
60, 12, 41, 2, sch. 5 — 733
60, 12, 42 — 730
60, 12, 43, pr 1 sch. 1-7 — 351
60, 12, 43, 15 sch. 11-15 — 500
60, 12, 45 — 727
60, 12, 46 — 701

Basilica
60, 12, 46, 1, et sch. 3 — 715
60, 12, 46, 6. et sch. 8 — 716
60, 12, 46, 7, et sch. 11 — 709
60. 12, 47 — 569
60, 12, 47, sch. 2 — 570
60, 12, 48, pr., sch. 1 — 726
60, 12, 48, 1 — 698
60, 12, 48, 2 — 707
60, 12, 48, 3 — 707
60, 12, 48, 7 — 727
60, 12, 50, pr., sch. 1 — 725
60, 12, 50, 4 — 396
60, 12, 50, 4, et sch. 7 — 396
60, 12, 52. 7 — 612
60, 12, 52, 11 — 549
60, 12, 52, 11, sch. 20 — 551
60. 12, 52, 18 — 619
60, 12, 52, 22 — 617
60, 12, 52, 23 — 615
60, 12, 52, 27 — 543
60, 12, 53, 1, et sch. 3-7 — 720
60, 12, 57, et sch. 1 — 505
60, 12, 66, 1, et sch. 6 — 570
60, 12, 66, 2 — 380
60, 12, 66, 2, sch. 6 — 381
60, 12, 67, pr. — 375
60, 12, 76, 1 — 338; 493
60, 12, 76, 1, sch. 7-9 — 338
60, 12, 90, pr., et sch. 1 et 2 — 556
60. 12. 90. 1 — 404
60. 12. 91 — 548
60. 12. 93, sch. 4 — 93
60, 13, 1, et sch. 1-2 — 571 : 572
60, 13, 3, sch. 1 — 574
60, 15, 4, sch. 1 — 570
60, 15, 5, sch. 1 — 98
60. 16. 6, sch. 1 — 568; 569
60, 45. 10. sch. 1 — 576
60, 45, 13, et sch. 1 — 578
60, 48, 5, et sch. 1 — 105
60, 48, 5, 2 — 109
60, 48, 5, sch. 2 — 109
60, 48, 6, sch. 1 — 109; 112
60, 48. 20 — 109
62, 1, 55 — 101

Boethius
in Cic. *Top.*, 4, 23 — 283

Brachylogus iur. civilis
3, 20, 3 — 73
3, 20, 9 — 60; 73

Caecilius (Ribbeck, *Comic. fragmenta*)
85 — 99
202-205 — 139
213-214 — 228

Caesar
bell. gall.
1, 12, 6 — 385
7. 20. 2 — 385

Cato
de agr. cult.
Index — 239
Praef. 1 — 73: 81 : 102: 158
3, 2 — 239
48 — 250
56 — 368
57 — 368
62, 1 — 245
64. 2 — 239
67, 2 — 245; 271
135, 3 — 247
141, 1 — 247; 248; 253
142 — 687
144-150 — 238
144 — 239: 248
144, 1, 2 — 249
144, 2, 3 — 244
144, 2, 4 — 240; 244: 271
144, 2, 5 — 247: 249
144. 3, 6 — 244
144. 3. 7 — 244
144, 3, 8 — 239; 244: 249
144, 3, 9 — 243

Cato
de agr. cult.
144, 4, 11-12 — 249
144, 4, 13 — 244
144, 4, 14 — 239
144, 5, 14 — 244
145 — 239; 248
145, 1, 3 — 249
145, 1, 5 — 239
145, 2, 6 — 243; 503
145, 2, 7 — 250
145, 2-3, 7 — 240; 271
145, 3, 8 — 249
145, 3, 11 — 239; 245
146, 2, 5 — 244
147, 3 — 244
148, 2, 5-6 — 244
148, 2, 8 — 244
151, 1-2 — 247; 248; 253
152 — 247; 248
orig. (éd. Jordan)
fr. 21 — 268

Catullus
7, 7-8 — 412
12 — 418
12, 7-8 — 419
12, 10 — 421
25, 1 — 420
25, 6-11 — 420
62, 33-35 — 411
65, 19-20 — 422
66, 5 — 422
67, 41 — 422
67, 47-48 — 229
68, 135-136 — 412
68, 138-140 — 413
68, 145-146 — 412
99, 1 — 271

Catullus (Pseudo-)
18; 19; 20 — 423. Voy. **Priapea**

Charisius
inst. gramm. (Keil, *Gramm. latin.*
1, p. 133 — 23
1, de p. 207,
16 à 208, 14 — 24

Cicero
in Antonium
éd. Orelli, Baiter et Halm, IV,
p. 941, 27 — 481; 482
p. 941, 41 — 420
ad Atticum
1, 1, 3-4 — 467
1, 3, 1 — 512
1, 5, 6 — 325
1, 8, 1 — 325
1, 20 — 224

Cicero
ad Atticum
2, 1 — 408
2, 8, 1 — 512
3, 21 — 466
4, 6, 1 — 512
6, 1, 15 — 562
6, 2, 5 — 447
6, 9, 4 — 512
8, 9, 1 — 753
10, 4, 9 — 271
14, 8, 3 — 326
15, 7 — 326
15, 13, 6 — 440
15, 23 — 326; 328
15, 24 — 326; 328
16, 3, 3 — 478
16, 4, 4 — 440
pro Balbo
2, 5 — 459
8, 21 — 265
Brutus
26, 102 — 334; 335
41, 151 — 771
41, 152 et sqq. — 770; 771
87, 299 — 753
89, 306 — 768
pro Caecina
10, 28 — 466
19, 54 — 44; 280; 283; 284; 295
20, 57 — 117
24, 69 — 766
36, 104 — 724
pro Caelio
29, 70 — 295
in Catil.
3, 7, 17 — 481
in Clod. et Cur
4 — 267
pro Cluentio
16, 47 — 581
24, 66 — 469
24, 67 — 469
25, 67 — 469
25, 68 — 469
25, 69 — 469
25, 70 — 469
26, 70 — 469
26, 71 — 469
26, 72 — 469
27, 73 — 469
27, 74 — 469
27, 75 — 469
28, 75 — 469
28, 76 — 469
28, 77 — 469

Cicero
pro Cluentio
28, 78 — 469
29, 78 — 469
32, 87 — 466
42, 119-120 — 483
53, 147 — 452
54, 148 — 444
59, 163 — 481
62, 175 — 445
63, 176 — 581
64, 179 — 135; 443
64, 180 — 135; 443
64, 181 — 135; 443; 444
65, 182 — 135; 443; 444
65, 183 — 135; 443; 444; 445
65, 184 — 135; 443; 446
65, 185 — 135; 443; 444; 446
66, 185 — 135; 443
66, 186 — 135; 443
66, 187 — 135; 443; 446
de deorum nat.
1, 6, 13 — 228
2, 63, 157 — 62
3, 28, 71 — 391
3, 29, 72 — 139
3, 30, 74 — 129; 385-356; 442; 452
3, 30, 75 — 392
de divinatione
1, 39, 84 — 724
2, 32, 68 — 452
divin. in Caecilium
2, 6 — 447
3, 10 — 482
7, 24 — 232; 235; 236
10, 30 — 447
10, 32 — 448
10, 33 — 448
21, 68 — 236
de domo sua
17, 43 — 44
19, 48 — 479
35, 93 — 447
43, 112 — 452
ad famil.
1, 9, 15 — 479
3, 13, 1 — 391
4, 5, 6 — 391
4, 14, 4 — 391
7, 11 — 326
7, 12 — 326
7, 13 — 326
7, 14 — 326
7, 15 — 326
7, 17, 2 — 391
7, 18 — 326

Cicero
ad famil.
7, 18, 2 — 326
7, 19 — 326; 327
7, 20 — 326
7, 21 — 326; 327
7, 22 — 319; 324; 327; 329; 338; 442
9, 17, 3 — 476
9, 21, *in fine* — 447
10, 32, 2 — 447
13, 77, 2 — 271
16, 26, 1 — 477
16, 26, 2 — 475
16, 27, 1 — 477
de fin. bon. et mal.
1, 16, 50 — 724
5, 25, 74 — 480
pro Flacco
18, 43 — 452; 482
28, 68-69 — 457
pro Fonteio
2, 3 — 457
3, 5 — 457
de harusp. resp.
7, 14 — 282
de invent.
1, 8, 11 — 454
1, 11, 15 — 384
2, 9, 31 — 384
2, 18, 55 — 454
2, 22, 65 — 781
2, 32, 98 — 384
2, 50, 148 — 199; 769
2, 57, 170 — 384; 809
Laelius de amicitia
1, 1 — 80; 767; 768
14, 51 — 391
de lege agrar.
3, 3, 11-12 — 459
de legibus
1, 2, 6 — 334; 335
2, 2, 5 — 268
2, 9, 22 — 454
2, 19, 47 — 321
2, 20, 49-50 — 321
2, 21, 52-53 — 321
2, 23, 59 — 28; 292; 294
2, 24, 60 — 24
3, 4, 11 — 44
pro Milone
3, 9 — 29; 30; 442
25, 67 — 116
27, 74 — 351
de officiis
1, 12, 37 — 280
3, 7, 36 — 452

Cicero
de officiis
3, 8, 36 — 447
3, 15, 61 — 80
3, 17, 70 — 321; 767; 768
3, 17, 71 — 440
3, 18, 73 — 452; 479
3, 23, 91 — 441
orat. ad M. Brutum
3, 12 — 766
de oratore
1, 36, 166 — 79; 80; 442
1, 36, 167 — 79; 80; 157; 442
1, 37, 168 — 464
1, 37, 171 — 237
1, 39, 180 — 321
1, 40, 183 — 135
1, 42, 190 — 767
1, 57, 244 — 768
1, 57, 245 — 118
1, 58, 246 — 251
2, 3, 10 — 475
2, 6, 248 — 479
2, 25, 106 — 384
2, 25, 108-109 — 451
2, 54, 220 — 479
2, 55, 223-224 — 321
2, 62, 252 — 479
2, 66, 268 — 479
3, 19, 70 — 384
3, 39, 158 — 17
orat. part.
11, 38 — 384
37, 129 — 781
parad.
6, 3, 50 — 266
Philipp.
3, 6, 16 — 265; 266; 442
5, 4, 11 — 438
12, 5, 12 — 458
in Pison.
fr. 4 — 479
16, 38 — 447
30, 74 — 479
40, 97 — 452
pro Plancio
8, 20 — 267
pro Quinctio
30, 91 — 724
ad Quint. fratr.
1, 1, 8, 25 — 452
3, 5 (6), 7 — 477
pro Rabir. perd. reo
3, 7 — 452
3, 8 — 114
9, 25 — 115

Cicero
pro Rabir. post.
11, 29 — 384
de re publ.
1, 1 — 268
3, 10 — 266
29, 51 — 391
pro Roscio com.
1-3, 1-9 — 463
4, 10 — 463
4, 11-12 — 463; 468; 469; 809
4, 13 — 463
5, 13 — 463
5, 14 — 463
5, 15 — 463
6, 16 — 460; 462; 463
6, 17 — 460; 462
6, 18 — 462
6, 19 — 460; 462
7, 19 — 460; 462
7, 20 — 460; 462
7, 21 — 460; 462
8, 22 — 460; 462; 466
8, 23 — 460; 462
8, 24 — 460; 462
9, 25 — 461
9, 26 — 460
10, 27 — 460
11, 32 — 463
13, 37 — 468
14, 40 — 465
14, 42 — 462
18, 53 — 463; 464
18, 56 — 465
pro Sext. Rosc. Amer.
9, 24 — 459
20, 56 — 479
29, 82 — 452
38, 111 — 482
pro Sest.
63, 131 — 466
pro Sulla
7, 23 — 267
in toga candida (orat.)
ed. Orelli, Baiter et Halm IV,
p. 944, 27 — 442
topic.
1, 1 — 327
1, 5 — 328, 767
2, 10 — 44
3, 15 — 769
4, 18 — 328
4, 23 — 280, 283, 295
4, 24 — 768
6, 29 — 767
7, 30 — 767
8, 33 — 768

Cicero
topic.
8, 36 — 771
8, 37 — 321; 767; 768
9, 38 — 767
10, 42 — 767
11, 50 — 328
13, 64 — 384
21, 82 — 781
pro Tullio
7 — 386
8 — 804
8-10 — 804
11 — 804
25 — 386; 387
26-27 — 386
28 — 386; 391
29-31 — 386
32 — 386; 401
33 — 386
34 — 386; 387
42 — 589
47 — 27; 442
48 — 27; 442
49 — 27; 442
50 — 27; 442
51 — 17; 442
53 — 463
Tuscul. disp.
2, 10, 23 — 479
4, 21, 48 — 411
4, 64 — 385
in Vatin.
5, 12 — 481
5, 13 — 447
in Verrem
act. Ia
1, 2 — 452
3, 7 — 448
5, 14 — 453
8, 20 — 456
13, 39 — 452
18, 54 — 276
act. IIa
1, 4, 11 — 438; 453
1, 5, 12 — 453
1, 8, 21 — 448
1, 12, 34 — 448
1, 13, 34 — 438
1, 13, 35 — 457
1, 14, 36 — 466
1, 15, 41 — 448
1, 16, 43 — 448
1, 21, 57 — 448; 452
1, 22, 58 — 448; 452
1, 22, 60 — 448
1, 34, 87 — 458

Cicero
in Verrem
act. IIa
1, 38, 97 — 448
1, 41, 104 — 724
1, 41, 107 — 262
1, 42, 108-109 — 262; 442
1, 49, 129 — 448
1, 59, 154 — 448
2, 1, 2 — 448
2, 6, 18 — 457
2, 7, 18 — 448
2, 7, 21 — 232; 236
2, 8, 22 — 236
2, 20, 48 — 448
2, 21, 51 — 448
2, 22, 53 — 409
2, 22, 54 — 409
2, 22, 55 — 409
2, 23, 55 — 409
2, 23, 56 — 409
2, 23, 57 — 409
2, 24, 58 — 448
2, 46, 114 — 448
2, 54, 134 — 448
2, 59, 143 — 438
2, 59, 144 — 438; 480
2, 64, 135 — 236
2, 70, 171 — 448; 487
2, 72, 177 — 450
2, 73, 180 — 450
2, 75, 184 — 450
2, 75, 185 — 448
2, 77, 189 — 448
3, 2, 4 — 448
3, 13, 34 — 236
3, 14, 35 — 448
3, 16, 42 — 448
3, 26, 64 — 448
3, 36, 83 — 458
3, 37, 84 — 448
3, 45, 107 — 448; 480
3, 46, 111 — 448; 536
3, 60, 137 — 438; 450; 480
3, 64, 151 — 448
3, 66, 155 — 448
3, 69, 161 — 448; 480
3, 70, 163 — 450
3, 70, 164 — 438
3, 70, 165 — 450; 453
3, 72, 168 — 453
3, 73, 171 — 448; 451
3, 74, 172 — 448
3, 76, 177 — 453
3, 88, 206 — 452
3, 98, 228 — 449
4, 1, 2 — 450

Cicero
in Verrem
act. II[a]
4, 3, 6 — 449
4, 8, 17 — 449
4, 10, 23 — 449
4, 13, 30 — 391; 449
4, 15, 33 — 449
4, 16, 35 — 449
4, 17, 37 — 453
4, 17, 38 — 449
4, 23, 53 — 438
4, 24, 53 — 449; 481
4, 27, 60 — 449
4, 38, 83 — 449
4, 41, 88 — 450; 454
4, 43, 93 — 449
4, 44, 97 — 449
4, 61, 136 — 449
4, 62, 139 — 449
4, 66, 149 — 449
4, 67, 150 — 449
4, 73, 171 — 438
4, 76, 177 — 438
5, 1, 1 — 449
5, 1, 4 — 449
5, 5, 10 — 449
5, 5, 11 — 449
5, 13, 32 — 449
5, 17, 44 — 449
5, 18, 46 — 449
5, 23, 59 — 449
5, 46, 115 — 449
5, 46, 121 — 449
5, 49, 128 — 449
5, 54, 141 — 451
5, 58, 152 — 438
5, 62, 160 — 449

Codex Iustinianus
1, 27, 1, 16 — 277
2, 58, 2, 8 — 277
3, 24, 3, pr. — 435
4, 7, 7 — 344
4, 46, 1 — 476
5, 13, 1, 5 *b* — 621
5, 13, 1, 13 *c* — 632
5, 30, 5, 1 — 277
5, 51, 13, 1 — 277
6, 1, 1 — 694
6, 2, 4 — 691
6, 2, 13 — 76
6, 2, 20, pr. — 710 789
6, 2, 20, 1 — 787 789
6, 2, 22, 1 — 349 366 802
6, 24, 14, 2 — 277
6, 26, 10, pr. — 359
6, 29, 3 — 359

Codex Iustinianus
6, 61, 6, 1 — 277
7, 29, 2 — 325
8, 10, 14, 2 — 277
9, 33, 1 — 589

Codex Theodosianus
9, 20, 1 — 107
9, 31, 1, pr. — 107

Collatio mos. et rom. legum
1, 3, 1 — 37
3, 5, 4 — 339
7, 1, 1 — 31
7, 2, 1 — 36
7, 3, 2 — 36; 38
7, 3, 3 — 36 38
7, 5, 1 — 787
10, 7, 11 — 81
14, 2, 1 — 115
14, 3, 4-5 — 109

Columella
2, 1, 2 — 361

Cornelius Nepos
Eumen., 8, 7 — 128
Cato, 3, 1 — 237

Cratinus (Kock, *Comic. att. fragm.*
73 — 211
74 — 211
111 — 232
115 — 199

De Actionibus (éd. Zachariae
26 — 59

De Differentiis
Keil, *Gramm. lat.*
VII, p. 525, 19 — 420
VII, p. 724, 21 — 100
Beck, *De differ. ser. lat.*
p. 31, 29 — 684

De Gradibus
Girard, *Textes*[4],
pp. 498 500 — 232

Demosthenes
c. Leptin.
94, p. 485 — 23[illegible]
c. Aph.
26-27, p. 691 — 1[illegible]
c. Aristocr.
80, p. 647 — 148
c. Timocr.
[illegible], p. 797 — [illegible]
103, p. 732 — 149
106, p. 733 — 149 [illegible]
113, p. 736 — 150
146, p. 745 — 148; 199
c. Steph.
1, 81, p. 1126 — 147

Digesta
1, 2, 2 — 426
1, 2, 2, 24 — 491
1, 2, 2, 38 — 237
1, 2, 2, 39 — 252
1, 2, 2, 40 — 334
1, 2, 2, 41 — 767
1, 2, 2, 47 — 774; 777
1, 2, 2, 48-49 — 734; 741; 777
1, 2, 2, 50 — 734; 741
1, 3, 16 — 398
1, 5, 12 — 398
1, 7, 14, 1 — 794
2, 1, 1, pr. — 743
2, 9, 1, 1 — 544
2, 9, 2 — 546
2, 9, 4 — 744
2, 11, 2, 3 — 44
2, 11, 4, 5 — 698
2, 12, 1, 2 — 544
2, 13, 4, 3 — 572
2, 14, 7, 10 — 562; 707
2, 14, 7, 14 — 76; 198
3, 3, 39, pr. — 628
3, 3, 40, 4 — 708
3, 5, 3, 4 — 398
3, 5, 18, 3 — 534; 638
4, 3, 7, 3 — 550
4, 3, 7, 7 — 383
4, 3, 13, 1 — 802
4, 3, 21 — 542
4, 3, 39 — 744
4, 9, 2 — 75
4, 5, 2, 3 — 732
4, 5, 7, 1 — 732
5, 1, 19, 3 — 550
5, 1, 28, 5 — 778
5, 1, 57 — 606; 674; 675
5, 1, 63 — 628
5, 1, 76 — 773
5, 3, 28 — 398
5, 4, 1, 4 — 550
6, 1, 23, 6 — 91; 92; 94
6, 1, 58 — 521
6, 1, 59 — 87
6, 1, 67 — 278
6, 2, 11, 4 — 256
7, 1, 7, 3 — 650
7, 1, 13, pr. — 717
7, 1, 21 — 672
7, 1, 70, pr. — 695
7, 4, 13 — 594
7, 5, 3 — 398
7, 9, 2 — 717
7, 9, 5, 1 — 717
7, 9, 7 — 717
7, 9, 12 — 717

Digesta
8, 1, 9 — 777
8, 2, 28 — 608
9, 1, 1, pr. — 98
9, 1, 51, 1 — 398
9, 2, 2, 2 — 740
9, 2, 4, 1 — 33; 40
9, 2, 5 — 69
9, 2, 5, pr. — 37
9, 2, 5, 2 — 405; 541; 802
9, 2, 9, 3 — 774
9, 2, 27, 13-16 — 507
9, 2, 27, 21 — 393; 656; 799
9, 2, 57 — 550
9, 4, 2, 1 — 96; 685; 687
9, 4, 12 — 546
9, 4, 14, 1 — 523
9, 4, 15 — 743
9, 4, 22, 4 — 731
9, 4, 24 — 731
9, 4, 26, pr. — 731
9, 4, 31 — 567; 653; 729
9, 4, 35 — 606; 674
9, 4, 40 — 797
10, 2, 22, pr. — 278
10, 4, 1 — 584
10, 4, 6 — 91; 93
10, 4, 7, pr. — 84; 85
10, 4, 7, 7 — 742
10, 4, 12, 2 — 584
10, 4, 15 — 278; 541; 564; 583; 656
10, 4, 19 — 491; 583; 773
11, 3, 1, pr. — 111; 507
11, 3, 1, 5 — 509; 617
11, 3, 5, pr. — 508
11, 3, 9, pr. — 612
11, 3, 9, 3 — 509
11, 3, 11, 1 — 616; 617
11, 3, 11, 2 — 509; 510; 691
11, 3, 14, 1 — 509
11, 3, 14, 2 — 507
11, 3, 14, 6 — 509
11, 3, 16 — 506
11, 4, 1, pr. — 106; 700
11, 4, 1, 2 — 113
11, 5, 3 — 225
11, 7, 14, 1 — 665
12, 1, 4, 1 — 581
12, 1, 31, 1 — 636; 637; 642; 655
12, 2, 13, 2 — 543
12, 4, 15 — 541; 581; 656; 783
12, 4, 16 — 779
12, 5, 2, 1-2 — 501
12, 5, 4, 4 — 698
12, 5, 6 — 342; 590; 644

Digesta

12, 5, 9, pr. — 501
12, 6, 14 — 777
12, 6, 26, 4 — 604
12, 6, 32, 1 — 638
12, 6, 36 — 120, 387; 487; 494; 499
12, 6, 50 — 343
12, 6, 52 — 343
12, 6, 53 — 342
12, 6, 57, 1 — 544
12, 6, 65, 9 — 499
13, 1, 4 — 606; 608; 674; 677
13, 1, 5 — 598; 656
13, 1, 6 — 399
13, 1, 7, 1 — 726
13, 1, 7, 2 — 361; 363
13, 1, 8, pr. — 363; 364
13, 1, 8, 1 — 361
13, 1, 12, pr. — 543
13, 1, 12, 2 — 592; 593
13, 1, 14, 3 — 727
13, 1, 18 — 498
13, 1, 19 — 625
13, 1, 20 — 348; 361; 783
13, 3, 2 — 587; 588; 590
13, 5, 1, 1 — 738
13, 6, 1, 1 — 351
13, 6, 5 — 334
13, 6, 5, 2 — 351; 352; 786
13, 6, 5, 3 — 351; 352; 353
13, 6, 5, 12 — 550
13, 6, 5, 14 — 550
13, 6, 7 — 334
13, 6, 8 — 334
13, 6, 18, pr. — 350; 353
13, 6, 21, 1 — 351
13, 7, 1, pr. — 560; 679
13, 7, 1, 1-2 — 679
13, 7, 3 — 541; 558; 656; 791
13, 7, 4 — 495; 670; 678
13, 7, 5 — 670
13, 7, 22 — 593
13, 7, 36, pr. — 561; 677; 679; 680
14, 2, 7 — 773
14, 3, 5, 1 — 491
15, 1, 3, 12 — 541; 597; 607; 620; 624; 628; 656
15, 1, 5, 4 — 602
15, 1, 7, 5 — 540; 541
15, 1, 41 — 607
15, 1, 48, pr. et 1 — 642
15, 1, 52, pr. — 730
15, 3, 3, 4 — 708
15, 3, 16 — 158
16, 3, 11 — 710

Digesta

16, 3, 14, 1 — 743
16, 3, 24 — 518
16, 3, 28 — 518
16, 3, 31 — 711
17, 1, 8, pr et 1 — 550
17, 1, 10, 8 — 550
17, 1, 22, 9 — 632; 639; 642
17, 2, 23, pr. — 157
17, 2, 30 — 772
17, 2, 45 — 612; 700
17, 2, 51, pr. — 701; 787
17, 2, 53 — 345; 656
17, 2, 59 — 668
17, 2, 81 — 157
17, 3, 6, 2 — 640
17, 3, 18 — 640
17, 3, 53 — 640
18, 1, 1, 1 — 35; 779
18, 1, 27 — 357; 372
18, 1, 29 — 605; 658
18, 1, 35, 4 — 381
18, 1, 35, 5 — 743
18, 1, 40, 6 — 773
18, 1, 50 — 550
18, 1, 78, pr. et 1 — 550
18, 6, 3 — 351
18, 6, 15, 1 — 381
19, 1, 24, 1 — 635; 637; 655
19, 1, 30, pr — 602; 605
19, 2, 15, 8 — 742
19, 2, 19, 1 — 740
19, 2, 25, 8 — 555
19, 2, 31 — 512
19, 2, 35, 1 — 544
19, 2, 59 — 741
19, 2, 60, 2 — 541; 554
19, 2, 60, 3 — 550
19, 2, 60, 5 — 541; 593
19, 5, 14, 3 — 62
19, 5, 15 — 698; 699
19, 5, 17, 1 — 550
19, 5, 17, 5 — 374; 618; 620
19, 5, 19, pr. — 550
20, 5, 11 — 370
21, 1, 1, 1 — 440
21, 1, 1, 7 — 777
21, 1, 17, 15 — 742
21, 1, 46 — 440
21, 1, 58 — 697
21, 1, 60 — 697
21, 2, 3 — 440
21, 2, 11 — 440
21, 2, 69, 3 — 598
21, 3, 12 — 601
23, 2, 17, pr. — 793

Digesta
24, 1, 6 — 345
24, 1, 13, 1 — 728
24, 1, 32, 11 — 695
24, 1, 63 — 87; 88; 89
24, 1, 64 — 741: 742
24, 3, 18, 1 — 157
24, 3, 28 — 157
24, 3, 54 — 157
24, 3, 66, 4 — 638
25, 2, 1 — 520: 620: 626: 627: 631; 655; 692; 702
25, 2, 3, 3 — 620
25, 2, 3, 4 — 599
25, 2, 5 — 629
25, 2, 6, pr. — 599: 620
25, 2, 6, 1 — 622
25, 2, 8, 1 — 614: 620
25, 2, 13 — 620
25, 2, 19 — 620
25, 2, 21, 1 — 687
25, 2, 22, pr. — 599
25, 2, 26 — 631
26, 1, 1, pr. — 773
26, 2, 33 — 741
26, 7, 55, 1 — 79
27, 3, 1, 19 — 669
27, 3, 1, 22 — 669
27, 3, 2, pr. — 669
27, 9, 10 — 730
28, 5, 65 — 323
28, 5, 65, pr. — 776
28, 5, 75 — 398
28, 7, 20, pr. — 550: 555
29, 2, 13, pr. — 608
29, 2, 62 — 741
29, 2, 71, 3 — 471
29, 2, 71, 8 — 401
29, 2, 71, 9 — 471: 656; 681
29, 4, 1, 3 — 687
31, 21 — 613
32, 30, pr. et 1 — 550
32, 30, 5 — 364
32, 60, 2 — 773
32, 100, 2 — 741
34, 4, 6, 1 — 773
33, 7, 12, 13 — 777
33, 8, 22, pr. et 1 — 550
33, 9, 3, 9 — 769
33, 10, 7, 1 — 772
33, 10, 7, 2 — 398: 772
34, 2, 19, 17 — 740
34, 2, 34, pr. — 516
34, 2, 49, 1 — 278
35, 1, 40, 3 — 776
35, 1, 40, 5 — 741

Digesta
35, 1, 69 — 740
35, 1, 80 — 585
35, 2, 73, 1 — 753
37, 1, 12, 1 — 327
37, 5, 6 — 649
38, 2, 14, 8 — 728
39, 3, 1, 23 — 776
39, 3, 2, 1 — 276
39, 3, 2, 7 — 776
39, 4, 1, pr. — 575
39, 4, 4, pr. — 575
39, 5, 21, 1 — 572
39, 5, 25 — 495
40, 4, 57 — 743
40, 7, 9, pr. — 724
40, 7, 14, pr. — 772
40, 9, 9, 1 — 628
40, 12, 12, 1 — 641
40, 12, 24, 4 — 611
41, 1, 3, 2 — 753
41, 1, 5, 1 — 535; 753
41, 1, 5, 3 — 704
41, 1, 5, 4 — 753
41, 1, 5, 5 — 753
41, 1, 7, 7 — 743: 777
41, 1, 7, 10 — 84; 91: 92
41, 1, 13 — 553
41, 1, 19 — 672
41, 1, 22 — 672
41, 1, 31, 1 — 274; 276; 277; 278 703
41, 1, 39 — 638; 642; 674
41, 1, 44, *in fine* — 614
41, 1, 54, 4 — 694
41, 1, 63 — 278
41, 2, 1, pr. — 776
41, 2, 1, 5 — 689
41, 2, 1, 6 — 673
41, 2, 1, 14 — 694
41, 2, 1, 16 — 689
41, 2, 3, 3 — 274; 276; 278
41, 2, 3, 18 — 370: 377: 655: 667: 685; 689
41, 2, 3, 23 — 346: 769
41, 2, 14, pr. — 497
41, 2, 15 — 693
41, 2, 23, 2 — 673
41, 2, 44, pr — 278
41, 2, 47 — 377
41, 3, 4, 6 — 269; 272: 285: 287
41, 3, 4, 7 — 272: 285; 540
41, 3, 4, 8 — 272
41, 3, 4, 9 — 272
41, 3, 4, 11 — 272
41, 3, 4, 13 — 272

Digesta

41, 3, 4, 16 — 272
41, 3, 4, 18 — 527
41, 3, 4, 21 — 272; 287
41, 3, 10, pr. — 357
41, 3, 10, 2 — 529
41, 3, 24, pr. — 270; 356
41, 3, 32, pr.,
et 1 — 270
41, 3, 33, pr. — 256
41, 3, 33, 6 — 272
41, 3, 34 — 496
41, 3, 35 — 668; 718
41, 3, 38 — 378
41, 3, 49 — 272; 287, 540
41, 4, 6, 2 — 608
41, 4, 7, 3 — 272
41, 7, 2, 1 — 704
41, 10, 4, pr. — 526
42, 1, 6, 1 — 101
42, 1, 19, 1 — 697
42, 8, 6, 9 — 706
42, 8, 8 — 468
42, 8, 10, pr. — 473
43, 8, 2, 13 — 550
43, 8, 2, 41 — 550
43, 14, 1, 7 — 742
43, 16, 19 — 728
43, 17, 3, pr. — 345
43, 17, 3, 6 — 550
43, 23, 2 — 776
43, 20, 1, 13 — 776
43, 24, 13, 5 — 323; 776
43, 26, 8, 1 — 742
43, 30 — 474
44, 2, 7, 2 — 99
44, 3, 15, 3 — 497
44, 4, 4, 15 — 563
44, 4, 4, 33 — 563
44, 7, 1, 4 — 350
44, 7, 20 — 502; 686; 687
44, 7, 34, pr. — 730, 803
44, 7, 34, 1 — 544
44, 7, 39 — 676
44, 7, 56 — 101
45, 1, 4, 1 — 766
45, 1, 75, 4 — 753
45, 1, 83, 7 — 364; 655
45, 1, 91, 3 — 364
45, 1, 105 — 364
45, 3, 14 — 671
45, 3, 20, 1 — 672
46, 3, 38, 1 — 498
46, 3, 75 — 544
46, 3, 96, pr. — 403
46, 3, 98, 8 — 92
47, 1, 1, pr. — 732

Digesta

47, 1, 1, 1 — 322, 570, 732
47, 1, 1, 2 — 732
47, 1, 2, 3 — 544
47, 2, 1, pr. — 427, 541, 796
47, 2, 1, 2 — 375, 746
47, 2, 1, 3 — 499, 783
47, 2, 2 — 345, 681
47, 2, 3, pr. — 663
47, 2, 3, 2 — 664, 749
47, 2, 4 — 663; 666
47, 2, 5, pr. — 664
47, 2, 5, 1 — 666
47, 2, 6 — 665
47, 2, 7, pr. — 751
47, 2, 7, 1 — 750, 751
47, 2, 7, 2 — 750, 751
47, 2, 7, 3 — 751
47, 2, 8 — 755
47, 2, 10 — 339, 712, 802
47, 2, 11 — 339
47, 2, 12, pr. — 554, 713, 802
47, 2, 12, 1 — 339; 713; 792; 802
47, 2, 12, 2 — 678, 713, 800
47, 2, 14, 3 — 801
47, 2, 14, 4 — 801
47, 2, 14, 10 — 339, 802
47, 2, 14, 13 — 107, 790
47, 2, 14, 14 — 720
47, 2, 14, 16 — 350, 656, 715, 801
47, 2, 14, 17 — 802
47, 2, 15, pr. — 559
47, 2, 16 — 366
47, 2, 17, pr. — 366, 656, 692
47, 2, 17, 1 — 519, 692
47, 2, 17, 2 — 697
47, 2, 17, 3 — 693
47, 2, 19, 5 — 559, 656, 792
47, 2, 19, 6 — 560
47, 2, 20, pr. — 678; 679
47, 2, 20, 1 — 793, 794
47, 2, 21, pr. — 502, 504, 505, 526, 656, 664
47, 2, 21, 8 — 503, 656
47, 2, 21, 10 — 399
47, 2, 23 — 405, 540, 803
47, 2, 24 — 405
47, 2, 25, pr. — 379, 541, 586, 587, 591, 656
47, 2, 25, 1 — 541; 586; 656, 805
47, 2, 25, 2 — 375; 586, 591, 656
47, 2, 26, pr. — 594
47, 2, 27, pr. — [illegible]
47, 2, 31, 1 — 541, 579, 656
47, 2, 33 — 668
47, 2, 36, pr. — 382; 518, 616; 690
47, 2, 36, 1 — 690

Digesta

47, 2, 36, 2 — 690; 692
47, 2, 36, 3 — 695
47, 2, 37 — 619; 656
47, 2, 38, pr. — 790
47, 2, 39 — 106; 111
47, 2, 40 — 333; 783; 786
47, 2, 41, pr. — 120; 656
47, 2, 41, 1 — 322; 571
47, 2, 41, 2 — 732
47, 2, 42, 1 — 730
47, 2, 43, pr. — 499; 551; 656
47, 2, 43, 1 — 551; 553; 656; 783
47, 2, 43, 4 — 648; 702
47, 2, 43, 5 — 702
47, 2, 45 — 701; 707
47, 2, 46, pr. — 727
47, 2, 46, 1 — 715
47, 2, 46, 6 — 716
47, 2, 46, 7 — 709; 783
47, 2, 46, 8 — 709; 783; 788
47, 2, 47 — 569
47, 2, 48, pr. — 554; 726
47, 2, 48, 1 — 698; 699; 700
47, 2, 48, 2 — 707
47, 2, 48, 3 — 612; 707
47, 2, 48, 4 — 783; 802
47, 2, 48, 5 — 528; 530; 656
47, 2, 48, 7 — 499; 727
47, 2, 49, pr. — 339
47, 2, 50, pr. — 725
47, 2, 50, 2 — 404
47, 2, 50, 4 — 396; 540; 541; 799
47, 2, 52, 7 — 612
47, 2, 52, 10 — 792
47, 2, 52, 11 — 541; 549
47, 2, 52, 14 — 727
47, 2, 52, 18 — 619
47, 2, 52, 19 — 402
47, 2, 52, 22 — 617
47, 2, 52, 23 — 615
47, 2, 52, 24 — 615
47, 2, 52, 27 — 543
47, 2, 52, 29 — 723; 724
47, 2, 54, 1 — 720
47, 2, 54, 4 — 339; 795; 796
47, 2, 55, 1 — 365; 495
47, 2, 55, 2 — 17; 34
47, 2, 55, 4 — 401; 618
47, 2, 57, 3 — 497
47, 2, 58 — 505
47, 2, 60 — 795
47, 2, 61 — 694
47, 2, 63 — 694
47, 2, 67, pr. — 560; 679
47, 2, 67, 1 — 570
47, 2, 67, 2 — 380

Digesta

47, 2, 68, pr. — 375
47, 2, 69 — 323; 797
47, 2, 70 — 798
47, 2, 71 — 543
47, 2, 72, 1 — 339; 340
47, 2, 75 — 792
47, 2, 77, pr. — 709; 787
47, 2, 77, 1 — 338; 493; 704
47, 2, 81, 1 — 722
47, 2, 82 — 580
47, 2, 83, 2 — 106; 111
47, 2, 84, 1 — 689
47, 2, 86 — 802
47, 2, 91 — 541; 556
47, 2, 91, 1 — 404; 541
47, 2, 92 — 88; 89; 540; 548; 705
47, 3, 1, pr. — 88; 92; 94
47, 3, 1, 1 — 84; 94
47, 3, 2 — 726
47, 4, 1, pr. — 571
47, 4, 1, 1 — 540; 572; 776
47, 4, 1, 3 — 573
47, 4, 1, 14 — 323
47, 4, 1, 15 — 323; 560; 724; 797
47, 4, 2 — 574
47, 4, 3 — 540; 574
47, 5, 1, pr. — 390
47, 6, 1 — 567
47, 6, 1, pr. — 729
47, 6, 4 — 570; 571
47, 6, 5 — 98
47, 6, 6, pr. — 322; 540; 568; 571; 729
47, 6, 6, 1 — 540; 568
47, 7, 1 — 65; 541
47, 7, 2 — 18; 62
47, 7, 3, 5 — 742
47, 7, 4 — 18; 70
47, 7, 5, pr. — 69
47, 7, 7, 6 — 70
47, 8, 2, 10 — 805
47, 8, 2, 18 — 795
47, 8, 2, 22 — 792
47, 8, 6 — 270
47, 8, 18 — 726
47, 9, 1, 1 — 572
47, 9, 9 — 98
47, 10, 13, 3 — 381
47, 10, 15, 34 — 135
47, 10, 15, 41 et sqq. — 135
47, 10, 17, 2 — 135
47, 10, 17, 7 — 685
47, 13, 5, 3 — 278
47, 17, 1 — 421

Digesta
47, 18, 6 — 324
47, 19, 2, 1 — 323; 573
47, 19, 6 — 797
48, 4, 10 — 389
48, 5, 2 — 135
48, 5, 15 — 389
48, 8, 2 — 513
48, 8, 9 — 37; 40
48, 10, 30, 1 — 229
48, 11, 8, 1 — 287
48, 13, 1 — 577
48, 13, 5, 1 — 576
48, 13, 5, 4 — 580
48, 13, 11, pr. — 453
48, 13, 11, 2 — 541; 576
48, 13, 11, 3 — 541; 553; 576
48, 13, 11, 6 — 541; 576
48, 13, 14 — 578
48, 15, 3, pr. — 109; 111
48, 15, 4 — 107
48, 15, 6, 1 — 105; 111
48, 15, 6, 2 — 108; 707
48, 16, 3 — 435
48, 19, 1, 3 — 435
48, 19, 6, pr. — 398
48, 19, 16, 4 — 456
48, 22, 3 — 781
49, 14, 3, 10-11 — 278
49, 15, 27 — 531; 540
49, 15, 28 — 532
50, 16, 9 — 381
50, 16, 13, 1 — 545
50, 16, 14, pr. — 540; 544
50, 16, 25, 1 — 773
50, 16, 26 — 529
50, 16, 30, pr. — 739
50, 16, 38 — 776
50, 16, 42 — 345
50, 16, 53, 2 — 129; 277; 397; 403; 404; 540; 618; 691; 799
50, 16, 62 — 84
50, 16, 63 — 344
50, 16, 87 — 773
50, 16, 94 — 613
50, 16, 122 — 771
50, 16, 123 — 356
50, 16, 174 — 495
50, 16, 180, 1 — 773
50, 16, 194 — 738
50, 16, 215 — 269
50, 16, 225 — 783
50, 16, 223, 2 — 17; 35
50, 16, 234 — 18
50, 16, 235, 1 — 18; 84
50, 16, 236 — 227

Digesta
50, 16, 237 — 739; 771
50, 16, 238, 3 — 18; 98
50, 16, 239, 6 — 773
50, 16, 242, 3 — 775
50, 17, 23 — 353; 354; 608, 616
50, 17, 58 — 640
50, 17, 60 — 640
50, 17, 73, 1 — 81
50, 17, 84 — 604
50, 17, 137 — 794
50, 17, 145 — 706
50, 17, 174, pr — 697

Diodorus
1, 80, 1-2 — 648

Diomedes
ars gramm. (Keil, *Gramm. lat.*)
I, p. 371, 23 — 763
II, p. 469, 33 — 29

Dio Cassius
64, 18 — 224

Dionysius
1, 39 — 308, 317 et sqq.
1, 42 — 310, 317 et sqq.

Donatus
comm. Terentii
in Phorm.
1, 4, 48 — 99

Edict. Rothar.
298 — 181

Ennius (éd. Vahlen)
ann.
4 (164) — 419
16 (431) — 95

Etienne de Bourbon
anecd. hist. (éd. Lecoy de la Marche)
p. 369 — 429

Evang.
Marc.
4, 38 — 753

Euseb. Caes.
praep. evang.
6, 10 — 65

Eutrop.
4, 10, 1 — 53

Fabius Pictor (Peter, *Hist. rom. reliquiae*)
ann.
4, p. 109 — 3[illegible]
9, p. 119 — 3[illegible]

Festus (éd. Müller)
V° Adorare, p. 19 — 71
Iul., p. 103 — 32
Manus, p. 129 — 266
Manus, p. 145 — 266, 268

Festus (éd. Mueller)
Manticularum, p. 133 — 684
Nec, p. 162 — 70; 492
Noxia, p. 174 — 99
Oratores, p. 182 — 71
Peculatus, p. 213 — 438
Pro scapulis, p. 234 — 114
Peculatus, p. 237 — 438
Penatis, p. 253 — 775
Reus, p. 273 — 18; 44
Sultis, p. 301 — 203
Sub vos placo, p. 309 — 28; 32
Transque dato, p. 309 — 32
Status dies, p. 314 — 18
Sarpta vinea, p. 322 — 86
Sarpiuntur, p. 348 — 85
Tignum, p. 364 — 45; 82
Viae, p. 371 — 44
Venditiones, p. 376 — 251
Vindiciae, p. 376 — 74; 772

Fragm. de iure fisci
9 — 112

Fragm. Vaticana
1 — 372; 532
71 *b* — 672
88 — 650

Frontinus
de aquis urbis Romae
127 — 111; 112

Frontinus (Pseudo-)
strateg.
4, 1, 16 — 130

Fulgentius
mythol.
2, 6 — 307

Gaius
inst.
1, 18 — 759
1, 89 — 777
1, 97 — 683
1, 115 a — 327
1, 119 — 581
1, 135 — 740
1, 158 — 781
1, 165 — 759

Gaius
inst.
1, 188 — 359; 371; 738; 739; 740; 768
1, 196 — 743; 778
2, 17 — 44
2, 42 — 284; 295
2, 45 — 53; 256; 258; 293-294
2, 48 — 53
2, 49 — 256; 258; 270; 294-295
2, 50 — 497; 787
2, 51 — 379
2, 52 — 798
2, 54 — 284; 797
2, 55 — 796
2, 57 — 798
2, 58 — 325
2, 59-61 — 324
2, 65 — 280
2, 79 — 743; 777
2, 115-116 — 683
2, 118-122 — 327
2, 151 — 294
2, 154 — 743; 744
2, 178 — 744
2, 195 — 743; 788
2, 218 — 741; 744
2, 231 — 740
2, 244 — 739; 743
3, 82 — 759
3, 84 — 628
3, 133 — 743
3, 140 — 740
3, 141 — 35; 779
3, 145 — 251
3, 149 — 739; 740; 772
3, 156 — 739; 740; 744; 772
3, 161 — 744
3, 163 — 683
3, 168 — 730
3, 179 — 739; 740
3, 183 — 486; 540; 541; 655; 737; 744; 746; 760; 781
3, 183 et sqq. — 335; 609
3, 184 — 661; 666; 746; 747; 753; 754
3, 185 — 73; 746; 754
3, 186 — 42; 45; 46; 47; 487; 658; 659; 699; 745; 746; 755; 756; 757; 760; 762; 781
3, 187 — 42; 45; 46; 488; 658; 745; 746;

Gaius
inst.
755; 756; 757; 760; 762, 781
3, 188 — 42; 52; 487; 658; 756; 757
3, 189 — 54; 56; 57; 66; 186; 187; 233; 367; 369; 434; 436; 491; 666; 757
3, 190 — 54; 73; 491; 665; 758
3, 191 — 42; 43; 54; 295; 491; 492; 658; 758
3, 192 — 42, 46; 48, 54; 488, 491; 492; 658; 757; 759
3, 193 — 48, 50, 491, 759
3, 194 — 43, 491; 760; 785, 781
3, 195 — 682; 683; 705; 782; 784; 786; 799
3, 196 — 333; 784; 785; 799
3, 197 — 435; 705; 784; 785; 786; 791; 803
3, 198 — 88; 709; 784; 787; 788; 799
3, 199 — 107; 784, 789; 791; 799
3, 200 — 683; 784; 791; 793; 796; 799
3, 201 — 325; 784; 796; 799
3, 202 — 394; 399; 402; 784; 799
3, 203 — 219; 339, 784; 799; 800; 802
3, 204 — 784; 799; 800
3, 205 — 784; 799; 800; 802
3, 206 — 784; 799, 800; 802
3, 207 — 784; 799; 801; 802
3, 208 — 405; 406; 435, 784; 787; 802; 803
3, 209 — 803; 805
3, 216 — 759
3, 220 — 683
4, 1 — 738; 745
4, 4 — 279, 400
4, 27 — 759
4, 28 — 759
4, 35 — 474
4, 36 — 547
4, 37 — 75, 126, 389; 500
4, 46 et sqq — 158
4, 47 — 711
4, 59 — 740

Gaius
inst.
4, 62 — 768
4, 65 — 467
4, 75 — 100; 101
4, 76 — 100; 101
4, 77 — 733
4, 79 — 744
4, 111 — 434, 436
4, 114 — 743
4, 120-121 — 743
4, 170 — 744
4, 173 — 43; 745
4, 178 — 435, 787
4, 209 — 789
epit. Gai
2, 6 — 755
2, 10, 2 — 42; 665, 743; 755
2, 10, 3 — 665
2, 10, 4 — 755, 786
2, 10, 5 — 333; 785
2, 10, 6 — 501

Gellius
noct. attic.
1, 12, 18 — 330
1, 18, 3-4 — 427
1, 18, 6 — 427
2, 10, 1 — 423, 779
2, 10, 2 et sqq — 771
2, 25, 2 — 779
2, 25, 5 — 763
3, 2, 2 — 135
3, 2, 12-13 — 335
3, 8 — 408
4, 1, 12 — 682
4, 1, 17 — 797; 773
4, 1 — 651
4, 1, 20 — 321, 733
4, 1, 21 — 650
4, 2, 2 — 56
4, 2, 3 — 779
4, 2, 19 — 779
4, 2, 13-14 — 651
4, 2, 15 — 650, 777
4, 3 — 759
4, 4 — 759
4, 4, 4 — 759
4, 6, 8 — 777
5, 6, 27 — 32
5, 13 — 657
5, 13, 4 — 650
5, 13, 5 — 666, 760
6, 7, 13, 1 — 40, 109, 139, 346; 760
6, 7, 16, 2 — 440, 447, 786, 787
7, 6, 5, 4 — 778
7, 6, 12, 4 — 779, 771

Gellius
noct. attic.
7 (6), 12, 1-4 — 739
8, 1 — 24
10, 8, 11 — 130
11, 17, 1 — 55
11, 18, 1 — 54; 646; 649
11, 18, 2 — 54; 646; 649
11, 18, 3 — 54; 646; 649
11, 18, 4 — 54; 646; 649
11, 18, 5 — 54; 646; 649
11, 18, 6 — 33; 54; 646; 649
11, 18, 7 — 33; 54; 56; 186; 646; 649
11, 18, 8 — 54; 56; 57; 66; 647; 649
11, 18, 9 — 41; 45; 46; 54; 492; 647; 649; 652; 699; 759
11, 18, 10 — 41; 647; 649; 652
11, 18, 11 — 41; 43; 46; 488; 647; 649; 652; 661
11, 18, 12 — 41; 43; 46; 54; 647; 649; 652; 758; 760
11, 18, 13 — 378; 647; 649
11, 18, 14 — 382; 647; 649; 690
11, 18, 15 — 73; 647; 649; 652
11, 18, 16 — 647; 649
11, 18, 17 — 648; 649
11, 18, 18 — 237; 368; 439; 450; 453; 648; 649; 651
11, 18, 19 — 648; 649
11, 18, 20 — 363; 584; 648; 649; 653; 682
11, 18, 21 — 648; 649; 653; 703
11, 18, 22 — 649
11, 18, 23 — 373; 649; 684
11, 18, 24 — 373; 649; 684
13, 10, 1 — 774
13, 21 — 24
13, 25 26), 4 — 410
14, 8 — 265
15, 13, 1 — 44
15, 14, 3 — 447
16, 4, 2 — 123
16, 4, 4 — 123
16, 10, 5 — 44
16, 10, 7 — 657
16, 10, 8 — 21; 41; 657
16, 10, 15 — 157
17, 7 — 11; 259 et sqq.
17, 7, 3 — 321
20, 1, 7 — 25; 56; 368
20, 1, 8 — 25

Gellius
noct. attic.
20, 1, 13 — 330
20, 1, 38 — 158
20, 10 — 35

Glossae (*Corpus glossar. latin.*, éd. Goetz)
II, 61, 39 — 32
II, 75, 19 — 23
II, 77, 21 — 23
II, 77, 23 — 23
II, 251, 49 — 23
II, 252, 23 — 71
II, 255, 36 — 209
II, 286, 57 — 100
II, 287, 9 — 100
II, 350, 12 — 86
II, 359, 46 — 84
II, 452, 48 — 84
IV, 345, 18 — 475
IV, 79, 41 — 413
IV, 520, 33 — 413
V, 7, 36 — 72
V, 23, 13 — 429
V, 44, 22 — 72
V, 71, 4 — 429
V, 105, 27 — 429
V, 193, 26 — 32
V, 245, 18 — 594
V, 437, 23 — 71
V, 486, 26 — 84
V, 516, 53 — 84
V, 581, 30 — 84; 85
V, 650, 49 — 429
Index V°
Depeculatio — 438
Depeculassere — 438
Depeculatus — 438
Laverna — 203
Peculatio — 438
Peculator — 438
Peculatus — 438
Plagiarius — 106
Sacrilegium — 452
Sacrilego — 452
Sacrilegus — 452

Gloss. Taurin. (éd. Krueger, *Z. R. G.*, VII, 1868
466 (sur Inst., 4, 1, 4) — 50

Gromatici (éd. Lachmann, I, 263)
I. Mamilia, c. 5 — 496

Harmenop.
hexabiblos
3, 3, 92 — 534
5, 2 — 73

Harmenop.
hexabiblos
5, 11 — 73
6, 5, 3 — 39
6, 5, 4 — 39
6, 5, 10 — 85; 96

Hesychius
V° ἐπαυτοφάδες — 143
ἐπ' αὐτοφώρῳ — 750
γραπτοὶ — 228
λωποδύτης — 209

Homerus
Ilias
472-475 — 779

Horat.
carmina
2, 13, 21 — 427
epist.
1, 7, 86 — 381
sat.
1, 8, 2-4 — 424
2, 1, 82 — 78

Hymn. in Herm.
66-67 — 410
74-78 — 307
83-85 — 307
209-210 — 307
221 — 307
246 et sqq. — 318
254-259 — 318
261-277 — 318
342 et sqq. — 307

Hygin.
fabul.
201 — 307

Inscriptiones
graecae
Bull. corr. hell., XII (1888),
p. 232 (Amorgos — 192
C. I. Gr., XII, 2, 6, l. 11
Lesbos — 192
Dittenberger, *Sylloge*², 177,
7, l. 40 Teos et Lebedos — 212
653, l. 18 Andania) — 234
Rangabé, *Ant. hell.*, 689,
l. 61 Eretrie) — 234
latinae
C. I. L., I, 198 (*L. Aebut.*)
l. 3 — 447
l. 9 — 221
l. 19 — 221; 482
l. 25 — 304
l. 29 — 321
l. 32 — 447
l. 39 — 386

Inscriptiones
C. I. L., I, 198
l. 69 — 458
I, 202 (*L. Cornelia de XX quaest.*)
II, 15 — 458
I, 206 (*L. Iulia*)
l. 19 — 112
l. 108-109 — 483
l. 119 — 76; 482; 483
I, 961 — 247
I, p. 439 (*Fast. Capit.*)
XVIII, 9 — 124
II (Supp.), 5439
(*L. Cornelia quadriga Iulia*), l. 95 — 126
III, 4168 — 113
V, 592 — 112
V, 3254 — 247
V, 3241 — 247
VI, 1, 22 — 349
VI, 13 — 113
VI, 23915 — 247
VI, 23917 — 247
VI, 31577 (*S. C. de pago Montano*) — 233
IX, 782 (*Lex Luceri*) — 233, 281
IX, 5543 — 458
X, 104 (*S. C. de Bacchanalibus*)
l. 24 — 281
X, 1233 — 741
XIII, 1668 (*Dict. edicti de i. bon. Gallis dando*)
1, 14 — 350
XIV, pp. 304
216 — 265
XIV, 830 — 112
XIV, 2267 — 113
XIV, 4272 — 266
XV, 4118 — 113
Girard, *Textes*, p. 95 (*L. monet. Tarent.*)
l. 1 — 323
p. 79 (*Drogm. Alest.*)
ll. 1-4 — 317
ll. 3-4 — 459; 482
p. 87 (*L. de villae Magnae colonis*)
III, 24 — 443
Grutter, *Inscr. antiq.*
p. 1019, n. 10 — 402

Institutiones Iustinianae
[illegible] — [illegible]
2, 1, 13 — [illegible]
2, 1, 29 — 81; 96
2, 9, 3 — 61; 262; 263; 293; 294

Institutiones (Iustinianae)
2, 6, 3 — 258
2, 10, 6 — 44
3, 7, 3 — 277
3, 23, 2 — 779
3, 25, 2 — 772
4, 1, 1 — 683; 783
4, 1, 2 — 427
4, 1, 3 — 73; 681; 748; 751; 755
4, 1, 4 — 42; 51; 658; 660; 700; 745; 746; 755; 756; 757
4, 1, 5 — 73
4, 1, 6 — 333; 705; 786
4, 1, 8 — 710; 787; 789
4, 1, 9 — 790
4, 1, 10 — 793
4, 1, 11 — 402; 618; 799
4, 1, 12 — 366; 617; 692
4, 1, 13 — 340
4, 1, 15 — 793
4, 3, 16 — 508
4, 6, 28 — 768
4, 8, pr. — 100; 101
4, 8, 5 — 733
4, 8, 7 — 606
4, 10, pr. — 117
4, 18, 5 — 34

Isaeus
de Nicostr. hered.
11 — 235

Isidorus
differ.
340 — 429
orig.
5, 25, 30 — 283
5, 26, 19 — 55; 428; 430; 431; 433; 655
5, 26, 20 — 431
10, 106 — 431
10, 107 — 428
12, 2, 39 — 428; 699
17, 7, 67 — 420
19, 4 — 84

Isocr.
trapez.
11 — 235

Iulius Rufinianus
de fig. sent. et eloc.
8 — 27

Iulius Victor
14 — 29

Iuvenalis
4, 117 — 332

Iuvenalis
5, 125 — 314

Lactantius Firmianus
divin. instit.
1, 20, 36 — 311

Lactantius Placidus
narr. fab.
6, 1, *in fine* — 417

Lex (barb.) Burgondionum
16 — 181

Lex (rom.) Burgondionum
12, 1-2 — 757

Lex Iulia agraria (*Gromat.*, éd Lachmann, I, 263)
4 — 112
5 — 112

Lex Ribuaria
47 — 181

Lex Salica
37 — 181

Lexicon Seguerianum (éd. Bekker)
V° Ὑποβολὴς γραφή,
p. 311 — 230

Liber syro-romanus
Ar. 39 — 61
108 — 235
117 — 38
Arm. 34 — 61
119 — 38
L. 71 — 235
77 — 38
79 — 61
P. 37 — 61
75 — 235
R. II 114 — 235
R. III 71 — 235

Livius
1, 7 — 312
1, 58 — 385
2, 5, 2, — 755
3, 34, 6 — 296
3, 44, 9 — 296
3, 57, 10 — 296
4, 15, 8 — 755
9, 31, 7 — 385
21, 11 — 116
27, 35-36 — 121
32, 22 — 263
32, 25 — 263
33, 42-43 — 250; 263
33, 47, 1 — 438
33, 47, 3 — 439
34, 46 — 263
36, 45 — 264

Livius
37, 2 — 264
37, 43 — 124
38, 35 — 264
39, 7 — 264
39, 17 — 263
39, 21 — 264
39, 56 — 250
41 (epitome) — 265
45, 5, 1 — 385
59 (epitome) — 264
epitome Oxyrhynchi (éd. Kornemann)
p. 22, l. 88 — 252

Lucilius (éd. Fr. Marx)
127 — 25
155 — 411
367-368 — 410
422-424 — 409
549 — 78
550-551 — 78
553-554 — 77
775 — 409
1001 — 409

Lydus (Joh.)
de magistr.
1, 34 — 17

Lysias
c. Agor.
56, p. 135 — 148
85, p. 137 — 148
c. Theomn. I
16 — 119

Macrobius
sat.
1, 3, 9 — 335
1, 4, 19 — 22; 44
1, 6, 28 — 302
1, 6, 30 — 52; 72; 180; 300
1, 7, 33 — 223
3, 3, 8 — 771
3, 6, 14 — 309
5, 14, 15 — 313

Martialis
epigr.
1, 52, 9 — 408
1, 53, 3 — 408
1, 53, 12 — 408
1, 66, 1 — 408
1, 87, 7 — 475
2, 19 — 332
6, 17 — 411
6, 19 — 10
6, 19, 2-4 — 347
6, 34, 1-2 — 416
6, 39, 1-7 — 416

Martialis
epigr.
6, 72 — 424
7, 74, 1-4 — 417
8, 40, 4 — 424
8, 59, 2 et sqq. — 418
10, 2, 11 — 408
10, 94, 4 — 424
12, 29 — 418
12, 32 — 332

Martianus Capella
de nupt. phil. et Merc.
7, 726 — 417

Menander
Epitr. (éd. Koerte)
95 — 211
Hypobol. (Kock, *Com. att. fragm.*, III)
481, 10, p. 138 — 211
Karkēdonios
(*Ibid.*) — 141
Perikeir. (éd. Koerte)
158 — 190

Myrtilus (Kock, *Com. att. fragm.*, I)
4, p. 254 — 208

Mythogr. lat. (éd. Mai)
I, 66 — 308;
II, 153 — 308, 311
III, 13, 1 — 307; 308; 311; 313

Nikol. (Kock, *Com. att. fragm.*, III)
1, 33, p. 384 — 211

Nonius Marcellus (éd. Mercier)
p. 7, 1 — 77
p. 25, 18 — 118
p. 50, 9 et sqq. — 427
p. 87, 29 — 409
p. 98, 20 — 24
p. 134, 35 — 203; 309
p. 134, 37 — 78
p. 143, 21 — 90
p. 269, 4 — 409
p. 273, 27 — 409
p. 276, 24 — 409
p. 316, 19 — 401; 456
p. 331, 15 — 180
p. 362, 6 — 78
p. 384, 6 — 409
p. 448 — 50
p. 453, 24 — 180; 411

Origo gentis romanae
6 — 302
7 — 302; 309
8 — 309

Orosius
4, 13, 18 — 445
4, 22, 1 — 252

Ovidius
am.
1, 11, 2-4 — 414
2, 2, 15 — 414
2, 8, 2-3 — 414
2, 8, 7-8 — 415
3, 4, 25-27 — 415
ars am.
1, 33 — 415
1, 275 — 415
2, 389 — 415
2, 639-640 — 415
3, 140 et sqq. — 418
3, 639-640 — 415
fast.
1, 543-552 — 316
1, 559 — 316
1, 560 — 316; 487
1, 562-564 — 316
1, 569-572 — 316
1, 575-577 — 316
2, 183 — 416
3, 845-846 — 55; 452
5, 648 — 316
6, 82 — 316
6, 433 — 307
6, 573 — 416
her.
6, 43-44 — 414
10, 141 — 72
15 (16), 289-290 — 414
15 (16), 297-298 — 414
16 (17), 141 — 414
17 (18), 53-54 — 414
17 (18), 64 — 414
Ibis
492 — 316
metam.
1, 605-606 — 415
1, 622-623 — 415
2, 423 — 415
2, 674-707 — 206
3, 6-7 — 415
3, 266-267 — 415
4, 173-174 — 415
4, 327-328 — 415
7, 501-503 — 71
7, 505 — 71
8, 291 — 594
9, 558 — 416
11, 313 — 307
12, 102 — 395
13, 32 — 475

Ovidius
metam.
13, 110-111 — 419
14, 640 — 424
pont.
3, 3, 53-56 — 416
trist.
2, 249 — 416
2, 347 — 416
2, 431-432 — 416
2, 439-440 — 416
2, 441 — 423
2, 461-462 — 416

Papyri
pap. Hibeh
1, 30 d — 192
pap. Petrie
3, 21 g — 192

Paulus
sent.
1, 5, 2 — 435
1, 6 a, 2 — 112
2, 12, 11 — 21; 81
2, 31, 1 — 702; 783; 787
2, 31, 2 — 45; 489; 746; 752; 755
2, 31, 3 — 45; 46; 180; 488; 746
2, 31, 4 — 554; 746
2, 31, 5 — 45; 488; 745
2, 31, 6 — 322; 745
2, 31, 10 — 399
2, 31, 14 — 45; 46; 55; 492; 759
2, 31, 19 — 792
2, 31, 21 — 792
2, 31, 22 — 183; 487
2, 31, 24 — 62; 64; 79
2, 31, 28 — 689
2, 31, 33 — 691
2, 31, 36 — 795
2, 31, 37 — 693
5, 15, 6 — 135
5, 18, 3 — 345
5, 23, 1 — 36; 37
5, 23, 7 — 36
5, 23, 9 — 36
5, 25, 9 (10 — 616
5, 27 — 684
5, 29, 1 — 389
5, 30 *b*, 1-2 — 108
5, 33, 2 — 350
interpr. (i. Rom. Wisig., ed. Haenel, p. 374)
2, 32, 1 — 755

Paul. Diac. (éd. Mueller)
V° Aborigines,
p. 19 — 42
Callim, p. 47 — 23
Capitalis lucus,
p. 66 — 452
Depeculatus,
p. 75 — 438
Em. p. 77 — 23
Endoplorato,
p. 77 — 32
Furvum,
p. 84 — 426
Furvum bovem,
p. 93 — 426
Impescere,
p. 108 — 66
Lance et licio,
p. 117 — 40 ; 180 ; 487
Laverniones,
p. 117 — 203
Manticulari,
p. 132 — 684
Muneralis,
p. 143 — 224
Noxia, p. 175 — 99
Quadriplatores,
p. 259 — 232
Sarpta vinea,
p. 322 — 86

Persius
sat.
6, 54 — 266
6, 55 — 332

Phaedrus
fab.
1, 6 — 10
1, 10 — 10
1, 10, 4-6 — 547
1, 23 — 10
2, 7 — 10
4, 11 — 10
5, 2 — 10

Phrynichus (com.)
Monotropus (Kock, *Com. att. fr.*, I)
26, pp. 377-378 — 211

Phrynichus (soph.)
epit.
433 — 208

Plato
leg.
12, p. 954 a-b — 144
Meno
13, p. 80 b — 208

Plautus
Amphitruo
Prol., 64 et sqq. — 116
245 (I, 1, 90) — 420
523 (I, 3, 25) — 271
fr. 15 (9) (Leo, I, p. 44) — 179 ; 185
fr. 16 (10) (Leo, I, p. 44) — 185
Asinaria
130-133 (I, 2, 4-7) — 225
421 (II, 4, 15) — 139
523 (III, 1, 20) — 432
563 (III, 2, 17) — 179 ; 202
569 (III, 2, 23) — 179 ; 202
881 (III, 3, 91) — 139
885 (V, 2, 35) — 271
929-930 (V, 2, 79-80) — 271
Aulularia
Prol., 44 — 271
82-83 (I, 2, 4-5) — 208
96-97 (I, 2, 18-19) — 208
280-281 (II, 4, 1-2) — 202
316-319 (II, 4, 37-40) — 211
382 (II, 4, 43) — 139 ; 189
325-326 (II, 4, 46-47) — 139
344 et sqq. (II, 5, 18 et sqq.) — 189
346-347 (II, 5, 20-21) — 201
363 et sqq. (II, 7, 1 et sqq.) — 189
394-395 (II, 8, 24-25) — 203
439 et sqq. (III, 2, 8 et sqq.) — 189
445 (III, 2, 34) — 203
464 (III, 4, 5) — 271
497-499 (III, 4, 8-11) — 200
633-634 (IV, 2, 6-7) — 208
634 (IV, 4, 7) — 271
654 (IV, 4, 32) — 184
717 (IV, 9, 5) — 139
754-760 (IV, 10, 29-30) — 192

Plautus
Aulularia
760 et sqq. (IV, 10, 30 et sqq. — 208-209; 271
712 (IV, 10, 42) — 271
791 et sqq. (IV, 10, 61 et sqq.) — 226
793 (IV, 10, 63) — 226
822 (V, 1, 14) — 271
Bacchides
166-167 (I, 2, 58-59) — 205
656-657 (IV, 4, 11) — 209
Captivi
292 (II, 2, 42 — 271
876-881 (IV, 2, 96-102) — 271
972 (V, 2, 19) — 271
1011 (V, 4, 14 — 271
1016 et sqq. (V, 4, 19 et sqq.) — 202
1018-1019 (V, 4, 21-22) — 202
Casina
720-722 (III, 6, 1-3 — 188; 189
891 (V, 2, 16) — 271
943 (V, 3, 7) — 185
Cornicula
fr. 4 (Leo, II, p. 533) — 203
Curculio
Prol., 60 — 271
205 (I, 3, 49) — 271
293 (II, 3, 14) — 271
490-491 (IV, 2, 4-5) — 217
494 et sqq. (IV, 2, 8 et sqq.) — 216
494-515 (IV, 2, 8-29 — 217
509 (IV, 2, 23) — 162
615-627 (V, 2, 17-27 — 214
618-620 (V, 2, 20-22 — 215
619-620 (V, 2, 21-22) — 213; 219
619 (V, 2, 21 — 215; 217; 236
620 (V, 2, 22 — 215

Plautus
Curculio
621 et sqq. (V, 2, 23 et sqq.) — 219
635 et sqq. (V, 2, 36 et sqq.) — 218
652 (V, 2, 52 — 271
667-669 (V, 2, 67-69) — 217
676 (V, 2, 76) — 215
709 et sqq. (V, 3, 31 et sqq.) — 217
721-722 (V, 3, 43-44) — 198
722 (V, 3, 44) — 199
Epidicus
11 (I, 1, 11 — 207
498-499 (III, 4, 61-62) — 135
Frivolaria
fr. 3 (Leo, II, p. 535) — 203
Menaechmi
Prol., 58 — 271
— 60 — 271
— 61 — 271
130 (I, 2, 21) — 209; 271
175 (I 2, 60) — 209
200 (I, 3, 17) — 271
393-394 (I, 3, 42-43) — 271
481 (III, 2, 15) — 271
491 (III, 2, 26) — 271
507 (III, 2, 42) — 271
510 (III, 2, 45) — 271
532 (III, 3, 9) — 271
559-566 (IV, 1, 1-8) — 181
562 (IV, 1, 4) — 179
564 (IV, 1, 6) — 271
639 a (IV, 2, 76 *bis*) — 271
645 (IV, 2, 82) — 271
646 (IV, 2, 83) — 271
647 (IV, 2, 84) — 271
649 (IV, 2, 86) — 271

Plautus
Menaechmi
664 (IV, 2, 101) — 271
673 (IV, 2, 109) — 120
680 (IV, 3, 6) — 120
729 (V, 1, 29 — 271
814 (V, 2, 63) — 271
941 (V, 5, 38 — 271
1138 (V, 9, 78 — 271
Mercator
663-665 (III, 4, 78-80 — 115
Miles
137 (I, 2, 137 — 391
333 (III, 3, 62) — 271
602 (III, 1, 8) — 271
1052 (IV, 2, 61) — 432
1400 (V, 1, 7 — 420
Mostellaria
203 (I, 3, 46) — 420
1086 et sqq. (V, 1, 39 et sqq.) — 135
1099 (V, 1, 52) — 158
Persa
53-54 (I, 2, 1-2) — 231
57 (I, 2, 5) — 232
60 (I, 2, 8 — 231; 235
61 (I, 2, 9) — 231
61-76 (I, 2, 9-25) — 231
74 (I, 2, 23) — 233
150 (I, 3, 70 — 271
226 (II, 2, 44 — 159; 419
227 (II, 2, 45) — 432
380 (III, 1, 52 — 271
421 (III, 3, 17) — 201
592 (IV, 3, 53) — 218
545 (IV, 3, 75 — 218
618 (IV, 4, 68 — 218
715 (IV, 7, 5) — 218
745-749 (IV, 9, 8-12) — 201
Poenulus
Prol., 53 — 150
— 66 — 271
— 72 — 271
— 87 — 271
— 109 — 271
163 (I, 1, 35) — 152; 155
164-167 (I, 1, 36-39 — 152
168 (I, 1, 40 — 153; 186
169 (I, 1, 41) — 153; 186
170-174 (I, 1, 42-46) — 153
175-179 (I, 1, 47-51) — 153
175 et sqq. (I, 1, 47 et sqq.) — 205
180 (I, 1, 52) — 153; 176
181 (I, 1, 53 — 154
182 (I, 1, 54) — 154; 180; 185
183 et sqq. (I, 1, 54 et sqq.) — 156; 162; 204
183 (I, 1, 55) — 154; 155; 177; 188
184 (I, 1, 56) — 154; 156; 156; 157; 158; 159; 177; 188
185 (I, 1, 57 — 154; 185; 187; 244
187-188 (I, 1, 59-60) — 154
350 (I, 2, 13) — 430
503 (II, 35) — 195
543-546 (III, 1, 40-43) — 177
547-548 (III, 1, 44-45) — 154
549 (III, 1, 46) — 154; 180
550 (III, 1, 47) — 155
555-560 (III, 1, 52-57) — 155
560 (III, 1, 58) — 155; 180
561 et sqq. (III, 1, 58 et sqq.) — 155; 192
562 (III, 1, 59) — 155
563 (III, 1, 60) — 155, 180, 184
563 et sqq. (III, 1, 60 et sqq.) — 191; 192; 204
564 (III, 1, 61) — 155; 156, 157; 158, 159; 177; 180; 188; 192; 434
565 (III, 1, 62) — 155
566-568 (III, 1, 63-65) — 154
569-574 (III, 1, 64-70) — 154; 177
575 (III, 1, 71) — 177
584-587 (III, 2, 15-18) — 159

Plautus
Poenulus
662-664 (III, 3, 49-53) — 159; 205
698 (III, 3, 85) — 432
707-708 (III, 3, 94-95) — 159; 160; 178
709 (III, 3, 96) — 159; 160; 176; 178; 180
710-715 (III, 4, 1-5) — 159-160
720 (III, 4, 10) — 152; 160
721 (III, 4, 11) — 160
722 (III, 4, 12) — 160; 162
723 (III, 4, 13) — 160; 162
724 (III, 4, 14) — 160; 162
725 (III, 4, 15) — 160; 162; 176; 177
726-727 (III, 4, 16-17) — 161; 162
728 (III, 4, 18) — 161; 162; 179
729 (III, 4, 19) — 161; 162; 177
730 (III, 4, 20) — 161; 162; 177
731 (III, 4, 21) — 161; 162
732-734 (III, 4, 22-24) — 161; 162; 163; 177
735 (III, 4, 25) — 161; 162; 163; 177; 180
736 (III, 4, 26) — 156; 162
737 (III, 4, 27) — 156; 162; 176
738 (III, 4, 28) — 156; 162
761 (III, 5, 16) — 162; 163
762 (III, 5, 17) — 163; 180
763 (III, 5, 18) — 163
763 et sqq. (III, 5, 18 et sqq.) — 204
764 (III, 5, 19) — 163; 495
765 (III, 5, 20) — 163; 180
765 et sqq. (III, 5, 20 et sqq.) — 204
766-767 (III, 5, 21-22) — 163
768-777 (III, 5, 23-32) — 164
778 (III, 5, 33) — 164
779 (III, 5, 34) — 164; 191
780-783 (III, 5, 35-38) — 164
784 (III, 5, 39) — 164; 175; 179; 198
785 (III, 5, 40) — 164; 176; 181; 196
786 (III, 5, 41) — 164; 181; 183; 196
787 (III, 5, 42) — 165; 183; 191; 193
788 (III, 5, 43) — 165; 183; 193
789 (III, 5, 44) — 165; 183; 184; 193; 196
790 (III, 5, 45) — 165; 183; 184; 193; 196

Plautus
Poenulus
791-794 (III, 5, 46-49) — 183; 193
795 (III, 5, 50) — 182; 193
796-797 (III, 6, 1-2) — 165; 193
798-799 (III, 6, 3-4) — 165; 193; 196
800 (III, 6, 5) — 165; 192
805-806 (III, 6, 10-11) — 165; 196
807 (III, 6, 12) — 165; 196
817 et sqq. (IV, 1, 1 et sqq.) — 166
832-833 (IV, 2, 10-11) — 201
903 (IV, 2, 81) — 271
905-906 (IV, 2, 83-84) — 166
917-918 (IV, 2, 95-96) — 195
919 (IV, 2, 97) — 166; 195
920-922 (IV, 2, 98-100) — 195
954 (V, 1, 21) — 271
1058 (V, 2, 98) — 271
1100-1003 (V, 2, 140-143) — 167.
1101 (V, 2, 141) — 271
1105 (V, 2, 145) — 271
1225-1226 (V, 4, 55-56) — 167
1229-1230 (V, 4, 59-60) — 167
1232-1233 (V, 4, 62-63) — 168
1237-1240 (V, 4, 67-70) — 168; 205
1241 (V, 4, 71) — 163; 168; 180; 205
1242-1243 (V, 4, 72-73) — 168; 205
1244-1248 (V, 4, 74-78) — 169; 205
1247 (V, 4, 77) — 271
1310 (V, 5, 32) — 432
1328-1330 (V, 5, 49, 51) — 171
1340 (V, 6, 3) — 170; 184; 434
1341 (V, 6, 4) — 170; 184; 185
1342-1348 (V, 6, 5-11) — 170
1346 (V, 6, 9) — 271

Plautus
Poenulus
1349-1350 (V, 6, 12-13) — 170; 171
1351 (V, 6, 14) — 170; 176; 188; 190; 196
1352 (V, 6, 15) — 170; 171; 196; 197
1353 (V, 6, 16) — 170; 171
1354-1355 (V, 6, 17-18) — 171
1360 (V, 6, 23) — 171; 190
1361 (V, 6, 24) — 171; 185; 198
1362 (V, 6, 25) — 157; 158; 171; 175; 189; 198
1363 (V, 6, 26) — 157; 158; 171; 175; 198
1364 (V, 6, 27) — 171; 175; 198
1365 (V, 6, 28) — 174; 198
1366 (V, 6, 29) — 171
1380 (V, 7, 11) — 172-173
1383-1384 (V, 7, 12-13) — 173
1385-1386 (V, 7, 14-15) — 173; 297
1393-1395 (V, 7, 22-24) — 173
1398 (V, 7, 27) — 173
1399 (V, 7, 28) — 173; 199
1400 (V, 7, 29) — 173-174
1401-1404 (V, 7, 30-33) — 174
1407 (V, 7, 36) — 174
1408 (V, 7, 37) — 174; 198
1409 (V, 7, 38) — 174; 197; 198; 199
1414 (V, 7, 43) — 174
1417 (V, 7, 46) — 174; 175; 198
1418 (V, 7, 47) — 175
Pseudolus
288 (I, 3, 54) — 271
290 (I, 3, 56) — 271
365 (I, 3, 130) — 159
675 (II, 3, 9) — 271
740-741 (II, 4, 50-51) — 779
747 (I, 4, 57) — 179
850 et sqq. (III, 2, 61 et sqq.) — 189
876 (III, 2, 80) — 211
887 (III, 2, 97) — 184
895 (III, 2, 105) — 209
956 et sqq. (IV, 2, 1 et sqq.) — 189
1160 (IV, 7, 6) — 179

Plautus
Rudens
[illegible] (I, 2, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (II, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (II, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (II, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (II, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (III, 4, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (III, 4, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, 3, 17-24) — [illegible]
[illegible] (IV, 3, [illegible]) — [illegible]
1039 (IV, 3, [illegible]) — [illegible]
1105 (IV, 4, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, 7, 15-19) — [illegible]
[illegible] (IV, 7, 33-34) — [illegible]
Stichus
700 (V, 6, 5) — [illegible]
Trinummus
83 (I, 2, 46) — 271
[illegible] (I, 2, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, [illegible]) — [illegible]
1023 (IV, 3, 16) — 271
Truculentus
[illegible] (I, [illegible], 8) — [illegible]
[illegible] (I, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (I, 2, 8[illegible]) — [illegible]
213-214 (II, 1, [illegible]) — [illegible]
227-228 (II, 1, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (II, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (IV, [illegible]) — [illegible]
[illegible] (Gabel. [illegible]) XIV — XXIX
[illegible] — [illegible]

Plinius (Maior)
hist. nat.
[illegible] — [illegible]
[illegible] — [illegible]
[illegible] — [illegible]
[illegible] — [illegible]
[illegible] — [illegible]
[illegible] — [illegible]

Plinius (Maior)
hist. nat.
11 (elench.) — 302
14 (elench.) — 65; 302
14, 13 (15), 92 — 770
15 (elench.) — 65; 302
15, 29, 126 — 65
15, 30, 135 — 65
16 (elench.) — 65
16, 18, 75 — 65
16, 44, 236 — 65
17 (elench.) — 302
17, 1, 7 — 67
18 (elench.) — 64; 302
18, 2, 7 — 64
18, 3, 11 — 64
18, 3, 12 — 61; 66; 71; 98; 656
18, 3, 17 — 64
18, 3, 23 — 64
18, 5, 26 — 64
18, 5, 27 — 64
18, 5, 28 — 64
18, 5, 29 — 64
18, 5, 30 — 64
18, 6, 34 — 64
18, 6, 36 — 64
18, 7, 56 — 64
18, 7, 62 — 64
21 (elench.) — 65
22 (elench.) — 65
28, 9, 142 — 65

Plinius (Minor)
epist.
1, 22 — 650
5, 3, 5 — 423

Plutarchus
Camill.
12 — 453
Cato
17 — 250
Pericl.
3 — 232

Pollux
onomasticon
8, 49 — 147
8, 69 — 143
8, 72 — 149; 199

Polybius
6, 21, 2 — 125
6, 25 — 128
6, 33, 1-2 — 124
6, 37, 9 — 130

Polyzelus (Kock, *Com. Att. fragm.*, I)
Demotyndareus
3, p. 790 — 199

Porphyrio
in Hor. *Carm.*,
II, 13, 21 — 427

Priapea (éd. Baehrens)
6, 3-4 — 425
13 — 425
15, 4-7 — 425
17, 2 — 424
22 — 425
23 — 425
24 — 424
25, 5 — 425
31 — 425

Priapea (éd. Baehrens)
35 — 425
44, 2 — 425
51 — 424
52 — 424
55 — 424
56 — 425
58 — 424
59 — 425
64 — 425
67 — 425
69 — 425
76 — 425
77 — 424
77, 9 — 425

Priscianus (Keil, *Gramm. latini*, II et III)
inst. gramm.
1, 11, 21 — 428
1, 27, 23 — 428
6, 93 — 25

Propertius
2, 2, 4 — 413
2, 23, 22 — 414
2, 30, 27-28 — 414
2, 32, 17 — 414
3, 8, 39-40 — 414
4, 8, 34-35 — 414
4, 9, 1-3 — 315
4, 9, 7-20 — 315
4, 9, 67-20 — 315-316

Psellus
synops. legum
639-640 — 269

Quintilianus
inst. orat.
1, 6 — 763; 772; 779
1, 7, 15 — 410
3, 6, 38 — 455
3, 6, 40 — 455
4, 2, 5 — 778
4, 2, 8 — 455

Quintilianus
inst. orat.
4. 2. 68 — 455
4. 4. 3 — 455
5. 10, 39 — 455
5. 11 — 769
5. 12. 9 — 389
5. 13. 49 — 659
5. 14. 18 — 31
7. 3. 10 — 455
7. 3, 21-24 — 475
8. 3. 29 — 408

Quintilianus (Pseudo-
declam. min.
361 — 536

Sallustius
Catil.
31 — 267
31. 4 — 295
52. 12 — 408
bell. Jugurth.
4, 7 — 408
histor. (reliquiae, éd. Maurenbrecher)
1. 104. p. 46 — 412
1. 112. p. 48 — 408

Seneca (Rhet.)
contr.
1, praef., 11 — 29
10, praef., 6 — 29
10, 6 — 484
10, 6, 4 — 29
10, *in fine* — 34
27. 15 — 271

Seneca (Phil.)
Agam.
207 — 475
de ira
3, 30 — 395
dial.
7, 24. 1 — 385

Septimius Serenus (*Frag. poet. rom.*, éd. Baehrens)
p. 385. 6 — 419

Servius
in Verg. Aen.
1. 41 — 100
2. 18 — 408
3. 233 — 100
7. 33 — 408
8. 100 — 408
8. 203 — 309
8. 205 — 53, 433
8. 363 — 361; 475
9. 448 — 408
10. 241 — [illegible]

Servius
in Verg. Aen.
10. 657 — 79
in Verg. Ecl.
3. 19 et sqq. — 79
8. 99 — 63
in Verg. Georg.
1. 88 — [illegible]
3. 306 — 436
3. 407 — 478, 481

Sil. Italicus
7. 187-188 — 416

Solinus
1. 7 — 308, 311

Sophocles
Τυρ[illegible] — 180, [illegible]

Steph. Byzant.
V° Μ[illegible] — 304
Σ[illegible] — 304

Suetonius
Aug.
32 — 114
Caes.
56 — 764
Claud.
25 — 281
de gramm.
2 — 79[illegible]
15 — 458

Suidas
V° [illegible] — 146
[illegible] — 146
[illegible] — 750

Symmach.
epist.
7, 69, 1 — [illegible]

Tacitus
ann.
2, 56 — [illegible]
3, 22-23 — [illegible]
6, 16 — 81
11, 5, *in fine* — [illegible]
15, 20 — [illegible]
hist.
1, 31 — 281

Terentius
Adelph.
[illegible] — [illegible]
148 (II, 4, 10) — 475
[illegible] (IV, [illegible]
[illegible] — [illegible]
Andria
779, 781 (VI, 1, [illegible]
[illegible] — [illegible]
811 (IV, 4, 10) — 491

Terentius
Eunuch.
prol., 23-24 — 210
27-28 — 210
30-34 — 210
776 (IV, 7. 6 — 139
808-809 (IV, 7, 39-40) — 204; 495
Phorm.
127 (I, 2, 77) — 193
191 (I, 4, 14) — 201
329 (II, 2, 15) — 193
408 (II, 3, 61) — 175
438-439 (II, 3, 91-92) — 193
668 (IV, 3, 63) — 193

Tertull.
adv. Marc.
5, 1 — 515

Theocr.
22, 151 — 413
27, 68 — 413

Theophilus (Pseudo-)
inst. paraphr.
2, 6, pr. — 284
2, 6, 2 — 257
4, 1, 2 — 427
4, 1, 3 — 73; 745; 751
4, 1, 4 — 42; 659; 755
4, 1, 5 — 73
4, 1, 8 — 789
4, 1, 9 — 790
4, 1, 10 — 118
4, 12, pr. — 59

Tibull.
1, 2, 33-34 — 413
1, 5, 7-8 — 413
1, 5, 75 — 413
1, 8, 57 — 413
1, 9, 53-56 — 413
3, 11, 7-8 — 413

Ulpian.
reg.
11, 28 — 778
24, 13 — 572

Valer. Maximus
3, 7, 8 — 389
5, 8, 3 — 252; 447
6, 4, 6 — 119
7, 6, 1 — 436
8, 2, 1 — 335
8, 2, 4 — 331
8, 6, 4 — 389

Valer. Probus
notae iuris
5, 5 — 563

Varro
de ling. lat.
5, 15, 83 — 335; 767
5, 19, 95 — 437
5, 5, 32 — 252
5, 16, 87 — 391
6, 4, 30 — 335
6, 2, 6 — 412
6, 7, 74 — 7
6, 9, 89 — 118
7, 5, 105 — 335
7, 2, 16 — 252
7, 3, 28 — 252
7, 3, 36 — 42
7, 3, 52 — 441
7, 4, 94 — 441
7, 4, 105 — 251; 252
8, 9, 23 et sqq. — 763
9, 1, 1 et sqq. — 763
fragm. ap. Diom., *Ars gramm.*, XI — 763
de re rust.
1, 1, 1 — 430
1, 2, 10 — 301
1, 13, 2 — 441
1, 17, 2 — 240
1, 22, 6 — 441
1, 48, 1-3 — 594
2, 3, 5 — 250
2, 4, 1 — 302
2, 5, 11 — 250
2, 7, 6 — 250
2, 10, 5 — 439
3, 12, 6 — 430
3, 16, 19 — 429

Velleius Paterc.
2, 128 — 267

Vergilius
Aen.
2, 18 — 428
3, 253 — 420
4, 171-172 — 413
7, 53 — 778
8, 193-195 — 312
8, 200-204 — 312
8, 205 — 55; 312; 433
8, 206-211 — 312
8, 212-232 — 313
8, 233 et sqq. — 313
8, 247 — 313
8, 259-262 — 313
8, 263 — 313; 475
8, 264-265 — 314
9, 348 — 428

Vergilius
catal.
2, 3-5 — 424
2, 19-21 — 425
3, 19 — 424
ecl.
3, 16 et sqq. — 432 : 750
8, 99 — 594
georg.
3, 306 — 436

Vergilius
georg.
3, 407 — 425, 431
3, 345 346 — 413, 431, 432

Wolfhardus Mabillon, *Acta SS. ord. S. Benedicti*, III.
miracc. S. Walp.
p. 298 — 429

Xenoph
anab.
5, 2, 14 — 34

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS 1

CHAPITRE PREMIER. — *Les Douze Tables* 15

§ 1. Place qu'occupent dans les Douze Tables les préceptes [illegible] au *furtum*, p. 16. — § 2. Le *fur nocturnus*, p. 22. — § 3. Le *fur qui telo se defendit*, p. [illegible] — § 4. La *quaestio lance liciique* et l'ancien *furtum manifestum*. L'unité de la *quaestio*, p. 40. — § 5. La répression du *furtum manifestum*. L'*adictio*, p. 55. — § 6. La répression des dommages causés *furtim* aux moissons [illegible] p. 61. — § 7. Inexistence, dans les Douze Tables, du délit d'*arbores furtim caesae*, p. 67. — § 8. Le précepte sur le *furtum nec manifestum*, p. 70. — § 9. La procédure de l'action *furti nec manifesti*, p. 77. — § 10. Le *furtum* commis par le tuteur aux dépens du pupille, p. 79. — § 11. Le *lignum furtivum aedibus vineaeve iunctum*, p. 81. — § 12. L'action *furti* noxale, p. 96. — § 13. Conclusion, p. 102.

CHAPITRE II. — *La loi Fabia* de plagiariis; *la loi Hostilia* 105

§ 1. La loi Fabia. Essai de restitution de ses dispositions principales, p. 105. — § 2. Sa date, p. 114. — § 3. La loi Hostilia, p. 117.

CHAPITRE III. — *Le serment des recrues de C. Laelius et L. Cornelius Scipio Asiaticus (564)* 123

§ 1. Analyse du texte, p. 123. — § 2. Ce qu'il nous apprend sur le *furtum* du droit commun, p. 128.

CHAPITRE IV. — *Les auteurs dramatiques du VIe siècle* 133

§ 1. La méthode, p. 134. — § 2. Le *Poenulus* de Plaute et [illegible] grecques, p. 139. — § 3. La répression du vol en droit attique, p. 142. — § 4. L'intrigue du *Poenulus* : A. Le motif du *furtum*, p. 150. — § 5. B. Le motif de la *vindicatio in libertatem*. Les deux dénouements, p. 165. — § 6. Le *furtum* du *Poenulus* est un *furtum manifestum*. La *quaestio* [illegible] par Anaxandrides. L'*adictio* du *leno*, p. 176. — § 7. Réfutation de l'opinion [illegible] d'Alonnier à son pouvoir *dupli*, p. 188. — § 8. La trame juridique de l'original grec. Comment Plaute l'a adaptée au droit romain de son temps, p. 190. — § 9. Autres textes sur la répression du *furtum* dans le théâtre de Plaute, p. [illegible] — § 10. [illegible] du mot *furtum* dans la langue des comiques, p. 203. — § 11. La *poena quadrupli* que mentionnent certains passages n'est pas la *poena* d'un *furtum manifestum*. *Curculio*, 619-629, p. [illegible] — § 12. *Trinummus*, 789-793, p. [illegible] — § 13. *Persa*, 53 et sqq. Les *quadrupliatores* de la comédie latine et les [illegible] phantes de la comédie grecque, p. 231.

Chapitre V. — *Caton le Censeur* 237

§ 1. Les clauses des *leges oleae legundae* et *oleae faciundae (De agri cultura*, 144 et 145) relatives aux indélicatesses commises par des ouvriers, p. 239. — § 2. Les clauses des mêmes *leges* relatives aux indélicatesses de l'entrepreneur, p. 242. — § 3. La source à laquelle Caton a emprunté ces clauses. Les *Actiones* de Manilius, p. 246.

Chapitre VI. — *La loi Atinia* 255

§ 1. Les textes qui rattachent l'imprescriptibilité des *res furtivae* aux Douze Tables, p. 256. — § 2. Le texte de la loi Atinia rapporté par Aullu-Gelle (d'après Nigidius Figulus), p. 259. — § 3. La date et l'auteur de la loi Atinia, p. 261. — § 4. Autres témoignages sur la loi Atinia, p. 268. — § 5. La loi Atinia ne vise que les choses soustraites *(res subreptae)*, p. 270. — § 6. Application de cette idée. L'usucapion du *thensaurus*, p. 273. — § 7. Le sens des mots *aeterna auctoritas esto*, p. 280. — § 8. La loi Atinia ne touche pas à l'action *auctoritatis*, p. 282. — § 9. Essai de restitution du texte de la loi, p. 285. — § 10. La *reversio ad eum cui subreptum est* et la *reversio ad dominum*, p. 287. — § 11. Les rapports entre la loi Atinia et les Douze Tables, p. 288. — § 12. Inexistence, dans les Douze Tables, d'un précepte sur l'imprescriptibilité des *res furtivae*, p. 290.

Chapitre VII — *La chasse au voleur vers le début du* VIIe *siècle U. C.* 299

§ 1. L'anecdote de Tremellius Scropha. Sa date, p. 299. — § 2. La légende d'Hercule et de Cacus, p. 303. — § 3. La version primitive, p. 306. — § 4. La deuxième version, p. 309. — § 5. La légende chez les auteurs classiques. Tite-Live, p. 311. — § 6. Virgile, p. 312. — § 7. Properce, Ovide, p. 315. — § 8. Denys d'Halicarnasse, p. 316.

Chapitre VIII. — *Sex. Aelius, M'Manilius, J. Brutus et P. Mucius Scaevola.* 319

§ 1. La question de savoir si l'héritier peut agir pour *furtum antea factum* (Cic., *Ad fam.*, 7, 22) se rapporte-t-elle à la transmissibilité active de l'action *furti* ou au vol de choses héréditaires? p. 319. — § 2. Raisons qui poussent à la rapporter au vol de choses héréditaires. Lien entre cette question et le procès de P. Silius Nerva (Cic., *Ad fam*, 7, 21), p. 324. — § 3. Le *furtum* commis par l'emprunteur d'une chose qui en use contrairement à la convention passée avec le préteur, p. 329. — § 4. Conclusion, p. 335.

Chapitre IX. — *Q. Mucius Scaevola* 337

§ 1. Première apparition de la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi (Dig*, 47, 2, fr. 77, 1), p. 338. — § 2. Ce texte implique que la *condictio ex causa furtiva* ne sanctionnait pas encore la *subreptio*. La *condictio ex causa furtiva* et la *condictio ex iniusta causa*, p. 341. — § 3. La *condictio ex causa furtiva* sanctionne le *furtum* sans soustraction, p. 346. — § 4. La légitimation active de l'action *furti* chez Q. Mucius, p. 348. — § 5. Textes relatifs à l'interprétation de la loi Atinia, p. 355.

Chapitre X. — *Les* veteres 359

1. La perpétuation de la *condictio ex causa furtiva* contre le voleur dépossédé (mais non contre l'héritier du voleur), p. 360. — § 2. L'inapplicabilité de l'action *furti* aux détournements commis par un *alieni iuris* aux dépens de son *pater familias*, p. 365. — § 3. Les effets de l'*addictio* du *fur manifestus*, p. 367.

§ 4. Les éléments du *furtum*. L'élément matériel requis par la majorité des *veteres*, p. 369. — § 5. L'opinion dissidente sur le *furtum* sans élément matériel, p. 377. — § 6. La nature de l'élément matériel. Le *furtum* immobilier, p. 378. — § 7. L'élément matériel du *furtum* consiste en un geste qui n'affecte pas nécessairement l'objet du délit, p. 370. — § 8. L'élément immatériel du *furtum*. Le *consilium* considéré comme *volonté d'agir*, puis comme *volonté de nuire*, p. 383. — § 9. Les mots *ope consilio* (dans la *vindicatio* ou la formule de l'action *furti nec manifesti*) se rapportent originairement au fait de l'auteur principal du *furtum*, p. 387. — § 10. Comment les mots *ope consilio* se sont adaptés à la notion nouvelle de complicité, p. 392. — § 11. L'interprétation disjonctive des mots *ope consilio* proposée par Labéon, et la théorie de la complicité (*Dig.*, 50, 16, fr. 53, 2), p. 397. — § 12. Autres témoignages de Labéon sur cette question, p. 403.

Chapitre XI. — *Les auteurs littéraires du* XIIe *siècle et du début du* VIIIe 407

§ 1. Lucilius et ses invectives contre les plagiaires, p. 408. — § 2. Catulle. Les *amores furtivi* chez les poètes latins, p. 411. — § 3. L'« entôlage » et les *carmina* vengeurs, p. 418. — § 4. Les auteurs de Priapées, p. 422. — § 5. Varron. Son étymologie de *furtum*, p. 425. — § 6. La glose *Furtum... capitale crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli*, p. 433. — § 7. La définition du péculat, p. 437. — § 8. La stipulation de garantie pour les vices cachés dans les ventes d'esclaves, p. 439. — § 9. Cicéron. Le cambriolage du *Pro Cluentio*, 64 et sqq., p. 442. — § 10. Le *furtum* et le *crimen repetundarum*, p. 446. — § 11. Le *furtum*, le *sacrilegium* et le péculat, p. [illegible]. — § 12. Le *furtum* et la *fraus* dans le *Pro Roscio comoedo*, p. 459. — § 13. Hypothèse sur les rapports originaires de la *fraus* et du *furtum*, p. 470. — § 14. Le *furtum cessationis* dans *Epist. ad familiares*, 16, 26, 2, p. 472. — § 15. Autres passages de Cicéron touchant au *furtum*, p. 478.

Chapitre XII. — *Servius Sulpicius et son école* 485

§ 1. La classification quadripartite des *genera furtorum*, p. 487. — § 2. Cette classification se fonde exclusivement sur la terminologie des préceptes des Douze Tables, p. 489. — § 3. La règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi* chez Servius, p. 493. — § 4. Le *furtum* résultant : A. Du fait de recevoir sciemment une chose engagée ou vendue *a non domino*. B. Du fait de recevoir sciemment l'indû. *Dig.*, 12, 6, fr. 36 : 41, 3, fr. 34, p. 494. — § 5. *Dig.*, 12, 5, fr. 9, pr., p. 500. — § 6. L'élément matériel du *furtum*. L'école servienne le définit comme le faisaient les *veteres*, p. 501. — § 7. L'action *servi corrupti*, p. 506. — § 8. L'action *concepti furti*, p. 511. — § 9. [illegible] l'action *furti* noxale. *Dig.*, 6, 1, fr. 58, p. 521.

Chapitre XIII. — *C. Trebatius Testa* 525

§ 1. Le texte, attribué à Trebatius, qui mentionne la bonne foi comme condition de l'usucapion du *partus ancillae furtivae* (*Dig.*, 41, 10, fr. 4, pr.), appartient en réalité à Neratius. Cette condition n'a été requise que par Sabinus, p. 525. — § 2. La question de l'*animus furandi* dans le *furtum*, p. 535.

Chapitre XIV. — *M. Antistius Labeo* 539

§ 1. Classification des textes de Labéon relatifs au *furtum*, p. 540. — § 2. L'action *furti*. Son extinction par le serment, p. 541. — § 3. Le *animus furandi* dans l'action *furti*, p. 544. — § 4. Les éléments constitutifs du *furtum* : l'opposition de la victime, p. 547. — § 5. Le cas du *fideiussor pecuniae*, p. 549. — § 6.

Textes relatifs à la légitimation active de l'action *furti*, p. 554. — § 7. L'extension de la règle *Furti agere potest is cuius interest rem non subripi* à un cas de vol sans *subreptio (Dig.*, 13, 7, fr. 3). Ce texte implique que Labéon ignorait encore la règle *Furtum fit possessionis*, p. 557. — § 8. Le fr. 15 *(Dig.*, 10, 4), qui paraît défavorable à cette conclusion, est interpolé, p. 564. — § 9. Les commentaires de Labéon sur les premiers édits touchant au *furtum*. L'édit *si familia furtum fecisse dicetur* et la transmissibilité active de l'action *furti*, p. 567. — § 10. L'édit *si is qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur*, p. 571. — § 11. Le crime de péculat : définitions de Labéon, p. 575. — § 12. Textes relatifs à la *condictio ex causa furtiva*. Labéon ne l'admet encore qu'au cas de *furtum* sans soustraction, p. 580. — § 13. *Condictio ex causa furtiva* et *condictio possessionis*. Le *furtum fundi*, p. 585. — § 14. L'extension de la *condictio ex causa furtiva* à des cas exceptionnels de soustraction (soustraction *eorum quae de fundo tolluntur)*, p. 593. — § 15. La légitimation passive de la *condictio ex causa furtiva*. Labéon ne donne encore la *condictio*, à raison du vol commis par un fils, que contre son *paterfamilias*, p. 596. — § 16. Cette *condictio* ne s'intente pas *de peculio*. Elle tend à faire obtenir ce dont le *paterfamilias* s'est enrichi *ex causa furtiva*, p. 601. — § 17. Récapitulation : ce que la doctrine du *furtum* doit à Labéon, p. 609.

Chapitre XV. — *Fabius Mela* 611

§ 1. Textes qui traitent encore comme *furtum* un simple refus de restituer, p. 612. — § 2. Cas de complicité *consilio tantum*, p. 615. — § 3. Cas de complicité *ope tantum*, p. 617. — § 4. Texte sur la légitimation active de l'action *furti*, p. 619. — § 5. L'action *rerum amotarum* et l'action donnée contre un *paterfamilias* à raison des détournements que sa fille mariée a commis aux dépens de son mari, p. 620. — § 6. Cette dernière action est une *condictio ex causa furtiva*, p. 625. — § 7. Les textes qui lui donnent le nom d'action *rerum amotarum* sont interpolés, p. 627. — § 8. Originairement, en effet, l'action *rerum amotarum* ne se donne qu'au cas de mariage *cum manu*, p. 630. — § 9. Les acquisitions réalisées par l'esclave volé. Solution de Mela, p. 632. — § 10. Solution de Sabinus, p. 635. — § 11. L'opposition de ces deux solutions implique qu'une transformation s'est réalisée, de Mela à Sabinus, dans la théorie de la *condictio ex causa furtiva*, p. 640.

Chapitre XVI. — *Masurius Sabinus* 645

§. 1. Le traité *De furtis*, p. 646. — § 2. Les *Libri iuris civilis*, p. 653. — § 3. Récapitulation des témoignages de Sabinus précédemment analysés, p. 655. § 4. Les témoignages sur les actions *furti concepti* et *oblati* au triple, *furti manifesti* au quadruple, p. 656. — § 5. La définition sabinienne du *furtum manifestum*, p. 661. — § 6. Sources de cette définition, p. 664. — § 7. Assimilation par Sabinus des *res furtivae* aux *res subreptae*. *Dig.*, 47, 2, fr. 33, p. 667. — § 8. *Dig.*, 13, 7, fr. 4, p. 670. — § 9. Vol portant sur un esclave. *Dig.*, 45, 3, fr. 14, p. 671. — § 10. L'action *furti* et la *condictio ex causa furtiva* contre le fils de famille, p. 674. — § 11. Application de la règle *Furtum fit possessionis*. *Dig.*, 13, 7, fr. 36, p. 677. — § 12. La formule sabinienne sur la notion de *furtum*, et ses éléments, p. 681. — § 13. A. L'*attrectatio*. Le *furtum sola mente*. Le vol commis par l'esclave sur l'ordre du maître, p. 684. — § 14. Exclusion de la complicité par le défaut d'*attrectatio* principale, p. 690. — § 15. Le *furtum* commis par le fils ou l'esclave aux dépens du père ou du maître. *Dig.*, 47, 2, fr. 36, 1 et 2, p. 691. — § 16. Applications : *Dig.*, 47, 2, fr. 36, 3, p. 694. — § 17. *Dig.*, 47, 2, fr. 17, 2, p. 696. — § 18. Interpolation des textes relatifs à la complicité par recel, p. 698. — § 19. B. La *res aliena*. Vol portant sur une chose indivise, p. 700. — § 20. Vol portant sur une chose sans

maître, p. 702. — § 21. C. Le défaut de consentement du *dominus*. L'étymologie sabinienne du mot *furtum*, p. 704. — § 22. Les mots *cum id se invito domino facere iudicare deberet* et la terminologie de la loi Fabia sur le *plagium*, p. 707. — § 23. *Dig.*, 16, 3, fr. 11, p. 710. — § 24. Témoignages sur la légitimation active de l'action *furti*, p. 712. — § 25. Cas de l'usufruitier. *Dig.*, 47, 2, fr. 46, 1, et 7, 9, fr. 5, 1, p. 715. — § 26. *Dig.*, 47, 2, fr. 54, 1, p. 720. — § 27. Détermination de l'intérêt qui sert de base à la condamnation *furti*, p. 721. — § 28. Témoignages relatifs au caractère pénal de l'action *furti*, p. 725. — § 29. L'action *furti* noxale et l'édit *Si familia furtum fecisse dicetur*, p. 728. — § 30. Extinction de l'action *furti* par un simple pacte, p. 730. — § 31. Survivance de l'action *furti* à la *capitis deminutio* du délinquant, p. 732. — § 32. Conclusion, p. 733.

CHAPITRE XVII. — *La composition du commentaire III* (§§ 183-209) *de Gaius*. 735

§ 1. Les diverses masses de matériaux discernables dans ce passage de Gaius, p. 736. — § 2. La controverse relative aux *genera furtorum*. Les sources du § 183, p. 737. — § 3. La terminologie appliquée par Labéon aux actions qui ne sanctionnent pas, selon lui, des *genera furtorum* (actions *concepti* et *oblati*), p. 744. — § 4. Les définitions du *furtum manifestum* (§ 184) et leurs sources, p. 746. — § 5. La définition du *furtum nec manifestum*, p. 754. — § 6. Les définitions du *furtum conceptum* et du *furtum oblatum*, p. 755. — § 7. L'action *furti prohibiti*, p. 756. — § 8. La répression des *furta* précédemment définis (§§ 189-192), p. 757. — § 9. La critique de la perquisition *lance licioque*. La distinction du *furtum manifestum lege* et du *furtum manifestum natura* (§§ 193-194), et la controverse élevée à ce propos, p. 759. — § 10. Les méthodes dont se réclament les participants à cette controverse. La querelle de l'anomalie et de l'analogie, p. 762. — § 11. L'attitude prise dans le débat par les anciens jurisconsultes romains. Q. Mucius Scaevola, p. 765. — § 12. Servius et les *Iudices Servii*, p. 770. — § 13. La méthode analogiste chez Labéon, p. 773. — § 14. La méthode anomaliste chez Masurius Sabinus, p. 777. — § 15. Application des résultats de cette étude à l'identification des sources du § 194, p. 780. — § 16. La transition du § 195 et la formule sabinienne relative à la notion du *furtum*, p. 781. — § 17. La composition des paragraphes 196 à 202, p. 784. — § 18. Le *furtum usus* (§§ 196-197), p. 785. — § 19. Difficulté spéciale soulevée par l'exigence d'une *contrectatio invito domino* (§ 198), p. 787. — § 20. Le *furtum* portant sur des personnes libres (§ 199), p. 789. — § 21. Le *furtum suae rei* (§ 200) commis aux dépens du créancier gagiste ou du *possessor bonae fidei*, p. 791. — § 22. L'*usucapio pro herede* et l'*usureceptio fiduciae* (§ 201), p. 796. — § 23. Le *furtum ope consilio factum* (§ 202), p. 798. — § 24. La légitimation active de l'action *furti* (§§ 203-207), p. 799. — § 25. La légitimation passive de l'action *furti* (§ 208), p. 802. — § 26. Le *furtum* et la *rapina* (§ 209), p. 802. — § 27. Conclusion, p. 805.

CONCLUSION 807

Addenda et corrigenda. 809

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES 811

TABLE DES TEXTES CITÉS 829

Lyon — Imprimerie A. Rey, 4, rue Gentil. — 11084.

AS 162 L93 fasc.29
Lyons. Université
Annales. Nouv. sér. II.
Droit, lettres

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY